

Ensidiga åtgärder vidtagna av företag i icke-dominerande ställning

- En studie av den europeiska regleringen på området

Examensarbete 30 hp, Juristprogrammet

Handelshögskolan, Göteborgs universitet

vt 2011

Karin Isacson

Handledare Filip Bladini

Innehållsförteckning

Förkortningsregister.....	1
1 Inledning	2
1.1 Bakgrund	2
1.2 Syfte.....	2
1.3 Metod och material.....	3
1.4 Avgränsningar.....	3
1.5 Disposition.....	4
1.6 Begreppsförklaring	4
2 Allmän del.....	6
2.1 Konkurrensrättens teoretiska grund	6
2.2 Europeisk konkurrensrätt.....	6
2.2.1 Artikel 101	7
2.2.2 Artikel 102, omfång och funktion av förbudet missbruk av dominerande ställning	9
2.2.3 Relevant marknad	11
2.3 Något om tysk konkurrensrätt	13
2.3.1 Allmänt	13
2.3.2 Historisk bakgrund.....	14
2.3.3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	14
2.3.4 Legalt stöd för strängare nationell rätt, rådets förordning 1/2003	16
3 Särskild del.....	17
3.1 Ensidiga åtgärder – integrerade delar i ett avtalsförhållande?.....	17
3.2 Ensidiga åtgärder som inte ansetts falla in under art 101	19
3.2.1 Springande punkter i avgörandet om avtal existerar eller inte	21
3.3 Kritik riktad mot domarna	24
3.3.1 Tvetydig praxis.....	24
3.3.2 Legalitet	24
3.3.3 Strängare regler för mindre företag?	26
3.3.4 Gemensam åtgärd, ensidig sanktion	26
3.4 Vad vill kommissionen åstadkomma?	27
3.4.1 Främja inre marknaden	27
3.5 Alternativa tillvägagångssätt	29
3.5.1 Utökad användning av 102.....	29
3.5.2 Harmonisering av prissättning för läkemedel	32

3.5.3 Reglering av ensidiga åtgärder från icke-dominerande företag.....	32
4 Avslutande del.....	35
Sammanfattning gällande rätt i EU	35
Jämförelse med den tyska regelmodellen	35
De lege ferenda/alternativa vägar	36
5 Källförteckning	38
5.1 Litteratur.....	38
5.1.1 Artiklar	38
5.1.2 Elektroniskt material	38
5.2 EU rättsliga källor	39
5.2.1 Förordningar.....	39
5.2.2 Kommissionen	39
5.3 Tysk författning	39
5.4 Rättsfall.....	39
5.4.1 EUD	39
5.4.2 Tribunalen.....	40
5.4.3 Bundesgerichtshof.....	40

Förkortningsregister

A a	Anfört arbete, vid hänvisning till tidigare källa
A st	Anfört ställe, hänvisning till tidigare källa
Art	Artikel
Bl a	Bland annat
BGH	Bundesgerichtshof
EUD	Europeiska Unionens Domstol
EUT	Europeiska Unionens (Officiella) Tidning
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
NJW – RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
REG	Rättsfall från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
Rn	Rand, översatt till svenska: rad i en text ¹
SSNIP	Small but significant and non-transitory increase in [relative] prices

¹ Författarens översättning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Regleringen av konkurrensrätten på europeisk nivå har varit en viktig del i bildandet av den gemensamma marknaden. EU:s konkurrensrätt är i grunden uppdelad i tre områden. Dessa är I) förbud mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag, II) missbruk av dominerande ställning samt III) kontroll av företagskoncentrationer. De två först nämnda områdena regleras i artiklarna 101 och 102 FEUF, medan kontroll av företagskoncentrationer återfinns i sekundärrätt.² Den här uppsatsen kommer att behandla gränslandet mellan artikel 101 och 102 FEUF. Uppsatsens problematik utgår ifrån konkurrensbegränsande åtgärder vars rättsliga följder gett upphov till kritiserad praxis i EUD som även kommit att visa på ett oklart rättsläge inom den europeiska konkurrensrätten.

Den praxis som uppsatsen utgår ifrån är ett antal omdiskuterade fall i EUD vilka rör konkurrensbegränsande åtgärder vidtagna ensidigt av företag i icke-dominerande ställning. Fallen är intressanta för de visar svårigheten med just dessa åtgärder då det i EU:s konkurrenslagstiftning inte finns något reglerat för en sådan situation. Detta eftersom det för en tillämpning av art 101 krävs ett samarbete mellan minst två företag och för en tillämpning av art 102 krävs att det berörda bolaget är marknadsdominerande. När det berörda bolaget handlar ensamt och inte har en marknadsdominerande ställning är således inget av dessa lagrum tillämpningsbara.

Bristen på reglering har dock inte stoppat kommissionen och EUD ifrån att ändå försöka förbjuda ensidigt vidtagna åtgärder från icke-dominerande företag. En extensiv tolkning av art 101 har flertalet gånger resulterat i att till synes ensidiga åtgärder bedömts utgöra avtal i art 101:s mening och man har på så sätt kunnat förbjuda åtgärderna. Fallen har kritiserats ur ett legalitetsperspektiv och är av intresse att då de i en jämförelse mellan varandra renderat i en tvetydig praxis.

I den tyska konkurrensrätten har ensidigt vidtagna åtgärder från företag i icke-dominerande ställning behandlats annorlunda. Tysk konkurrensrätt är något strängare än den europeiska och ensidigt vidtagna åtgärder förbjuds i vissa fall även när företag i icke-dominerande ställning vidtar dem. Uppsatsen kommer att presentera den tyska rättens sätt att behandla problemet för att jämföra på vilket sätt det skiljer sig från den europeiska och om den tyska rätten utgör ett mer effektivt verktyg för att komma tillrätta med ensidigt vidtagna åtgärder av företag i icke-dominerande ställning.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att undersöka den regelmodell som EU-rätten använder för att reglera ensidigt vidtagna åtgärder från företag i icke-dominerande ställning samt hur väl den fungerar.

² Rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer nr 139/2004/EG, EUT 2004 L 24/1

Denna undersökning kommer att genomföras främst genom analys av praxis från EU-domstolen där, till synes, ensidiga åtgärder vidtagna av företag i icke-dominerande ställning varit föremål för bedömning. Analysen utförs för att undersöka hur den regelmodell som EU-rätten använder sig av fungerar i nämnda situationer. När denna regelmodell klarlagts kommer även det tyska sättet att hantera liknande situationer undersökas. Detta görs för att visa på andra sätt att hantera situationer där icke-dominerande företag vidtagit ensidiga åtgärder.

Den frågeställning som är uppsatsens utgångspunkt lyder: *Hur fungerar den europeiska regelmodellen för att hantera konkurrensbegränsande åtgärder vidtagna ensidigt av företag i icke-dominerande ställning och på vilket sätt kan den göras mer ändamålseffektiv?*

Det har visat sig att kommissionen och EUD har tillämpat art 101 på ett extensivt sätt till att omfatta till synes ensidiga åtgärder vidtagna just av företag i en icke-dominerande ställning. Praxis är spretig och kommissionens och EUD:s hantering av fallen har kritiserats. Syftet är därför vidare att mot bakgrund av dessa fall och den kritik som har riktats mot fallen undersöka kommissionens anledning till drivandet av de här fallen, detta för att få en djupare förståelse för varför kommissionen drivit dessa fall och vad kommissionen kan ha velat åstadkomma.

När anledningen till drivandet av fallen har undersökts följer en analys av hur ett sådant mål skulle kunna ha uppnåtts på ett annat sätt än det sättet som kommissionen valt och EUD godkänt. Med andra ord om man genom att tillämpa den reglering som finns på ett annat sätt kan uppnå samma mål eller om det till och med vore önskvärt med någon annan typ av reglering än den som finns idag.

1.3 Metod och material

Metoden som har använts i uppsatsen är främst en rättsdogmatisk metod där en undersökning av gällande EU-rätt på det valda problemområdet genomförs. Uppsatsen är uppbyggd av deskriptiva stycken av området, främst i form av refererade rättsfall, vilka följs upp av analyserande delar. I uppsatsen finns även en utblick mot samma problematik men inom den tyska konkurrensrätten. Presentationen av det tyska området bygger på doktrin samt studie av tyska rättsfall där problematiken varit aktuell.

1.4 Avgränsningar

Flera avgränsningar har gjorts för att hålla uppsatsen sammanhängande. Först och främst bör betonas att uppsatsens fokus ligger på den europeiska konkurrensrättens sätt att handskas med de nämnda problemen. Tysk rätt presenteras och analyseras i den mån den kan erbjuda ett alternativ till den regelmodell som finns inom den europeiska konkurrensrätten och alltså inte som primärt fokus

för uppsatsens analys. Därför presenteras endast det område i tysk rätt som kan tjäna som jämförelse med den europeiska rätten och inte en mer övergripande bild av det tyska rättssystemet.

En annan avgränsning är det fokus avseende branscher uppsatsen får. Problem liknande de som behandlas i uppsatsen kan förekomma i fler branscher än de som omnämns i uppsatsen. I uppsatsen har dock en avgränsning gjorts till att behandla de branscher som figurerar i rättsfallen.

1.5 Disposition

Uppsatsen består främst av en allmän och en särskild del. Den allmänna delen bekantar läsaren med de regler inom den europeiska konkurrensrätten som läsaren måste förstå för att sedan själv kunna analysera den problematik som presenteras i den särskilda delen. Den allmänna delen ger också en bakgrund till den tyska regleringen på samma område. Detta för att den särskilda delen innehåller en del som presenterar den tyska konkurrensrättens sätt att hantera samma problem. Den jämförande delen mellan de tyska och de europeiska reglerna finns med för att visa på alternativa sätt att hantera den problematik som visats i fallen.

Den särskilda delen är i sig uppdelad i tre delar. Den består av

- I) En presentation av fallen och den kritik som riktats mot dem
- II) En analys av varför kommissionen har valt att driva fallen samt
- III) En undersökning av andra sätt att uppnå samma mål.

Uppsatsen avslutas med en avslutande del som kort sammanfattar uppsatsens kärna och vilka slutsatser som kan dras. Den innehåller även en diskussion angående de lege ferenda inom den europeiska konkurrensrätten.

1.6 Begreppsförklaring

De begrepp som används i denna uppsats förklaras i förkortningsregistret. Jag vill dock förtydliga några begrepp ytterligare. Artiklar syftar alltid till artiklar i FEUF om inte annat anges. Artikel 101 har innan senaste ändringen varit art 81 och innan dess art 85. För att förtydliga för läsaren har jag valt att konsekvent använda mig av art 101 även om lagrummet vid tiden för målets avgörande hade ett annat nummer. Undantaget är när det rör sig om rena citat från rättsfall. Samma sak gäller vid nämnandet av art 102. Den har tidigare varit art 82 och dessförinnan art 86.

Efter ikraftträdandet av FEUF har Europeiska gemenskapens domstol ändrat namn och kallas Europeiska Unionens domstol. Namnändring har även skett avseende Förstainstansrätten vilken numer benämns Tribunalen. I uppsatsen kommer de nu gällande beteckningarna att användas även vid hänvisningar till tidpunkter då organen hade en annan beteckning än den i dag gällande.

För att förtydliga för läsaren vill jag även förklara användandet av kursivering i texten. Kursivering förekommer i tre fall. För det första kursiveras rena citat för att utöver citationstecken uppmärksamma läsaren på att det rör sig om ett citat. För det andra förekommer kursivering vid benämning av domar till exempel *Sandoz mot kommissionen* eller i kortform *Sandoz*. Kursiveringen används för att skilja mellan då målet avses och då själva företaget avses. Det tredje fallet som kursiverad text förekommer är i titlar på källor, detta förekommer främst i fotnoter.

Vid referering till viss tysk litteratur refereras till paragraf och Rn. Rn står för Rand på tyska vilket betyder rad på svenska. Detta ger en anvisning om var i en text viss information har hämtats. I tyska fackböcker finns alltid rader utmärkta i sidan av texten för att underlätta för läsaren. Det är även något som med fördel används när information hämtas ur en bok i webformat.

För att undvika missförstånd vill jag nämna att noterna i många fall inte anger en så utförlig källa som återfinns i källförteckningen. Noterna syftar till att ge läsaren en uppgift om var information hämtas men för att undvika långa notrader utgör ofta beteckningen i noten en förkortning av den mer uttömmande benämningen av källan vilken återfinns i källförteckningen.

2 Allmän del

2.1 Konkurrensrättens teoretiska grund

Konkurrensrätten har sin grund i gränslandet mellan ekonomi och juridik. En viktig fråga att ställa sig är därför vilken inverkan effektiv konkurrens har på ekonomiska värden. Vad som menas med effektiv konkurrens är inte helt klart men de vanligaste definitionerna kan ändå nämnas.³ En första förklaring är att man likställer effektiv konkurrens med förekomsten av rivalitet mellan aktörer på den aktuella marknaden. Vid en sådan förklaringsmodell kan man tro att alla åtgärder som minskar denna rivalitet är negativ för marknaden, en tanke som dock är att generalisera för mycket. Exempelvis vid avtal mellan företag i olika handelsled, så kallade vertikala avtal, kan det istället medföra positiva effekter för konkurrensen. Mer om det under avsnitt 2.2.1.2.

En annan förklaringsmodell är att man menar att effektiv konkurrens förekommer vid avsaknaden av möjligheten för något företag att begränsa ett annat företags handlingsutrymme. Men återigen så är det en förenkling av verkligheten. Företag begränsar varandras handlingsutrymme var dag i avtal mellan varandra. Effektiv konkurrens kan även definieras som då ett enskilt företag inte ensamt kan påverka en varas marknadspris. Ett sådant synsätt harmonierar med den ekonomiska uppfattningen om att en varas pris utgörs av marginalkostnaden av att producera den.⁴ Svagheten i den ekonomiska teorin såväl som den definition av effektiv konkurrens som den har gett upphov till är att den förutsätter marknad med många konsumenter och många producenter, att det är en homogen vara och att parterna har full marknadsinformation. En sådan marknad är inte applicerbar på flertalet produkter, speciellt bland mer tekniskt avancerade produkter.

Ingen av ovan nämnda definitioner av effektiv konkurrens är alltså helt vedertagen och inte heller möjlig att applicera på den verkliga marknaden. Istället bör man se till vilken inverkan olika regleringar har på marknaden.⁵

2.2 Europeisk konkurrensrätt

Europeisk konkurrensrätt har två övergripande mål, det ena att bidra till en ökad integration mellan medlemsstaterna och det andra att bidra till en effektiv konkurrens på marknaden. Dessa mål kan sammanfattas som ett "integrationsmål" och ett "ekonomiskt mål".⁶ Den Europeiska konkurrensrätten är unik med att ha ett integrationsmål.⁷ Det andra, det ekonomiska målet, märks tydligt i den underliggande teoretiska grunden för den europeiska konkurrensrätten som benämns

³ Bishop, Walker *The Economics of EC Competition Law* 3 u, Sweet & Maxwell, 2010, s 16 ff

⁴ A a föregående not s 20

⁵ A st föregående not

⁶ A a not 3 s 5 st 1-5

⁷ A st föregående not

”more economic approach”. ”The more economic approach” har medfört ett skifte i det ekonomiska målet för den europeiska konkurrensrätten. Från att ha skyddat konkurrenter på marknaden är nu målet mer inriktat på att skydda förekomsten av konkurrens som sådan.⁸

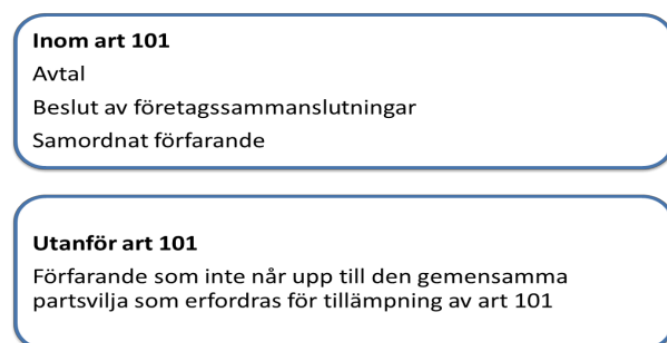
2.2.1 Artikel 101

Artikel 101 reglerar konkurrensbegränsande avtal mellan företag. Artikelns har två huvudrekvisit, ett avtalsrekvisit och ett konkurrensbegränsningsrekvisit. Under den här framställningen kommer fokus läggas på avtalsrekvisitet för att det är förståelse främst för det rekvisitet läsaren måste ha med sig till den särskilda delen.

2.2.1.1 Avtalsrekvisitet

Artikel 101 reglerar konkurrensbegränsningar som uppstår när företag tillsammans vidtar konkurrensbegränsande åtgärder. Det krävs alltså någon typ av samarbete för att företag ska träffas av förbudet i 101. De konkurrensbegränsande samarbetsformerna som förekommer mellan företag delas upp i tre grupper: I) avtal II) beslut av företagssammanslutningar samt III) samordnade förfaranden. Skiljelinjerna mellan de olika formerna av samarbete är dock inte så tydlig och är egentligen av större akademisk betydelse än praktisk. Ett förfarande som faller in under artikel 101 kan även innehålla flera av dessa samverkansformer.⁹ Det har i flera fall även visats att kommissionen inte behöver definiera vilken av samarbetsformerna som den klandrar företagen för. Det kan illustreras av följande citat från EUD ”Den enda distinktion som är av vikt är distinktionen mellan ett självständigt beteende, vilket är tillåtet, och hemligt samförstånd, vilket är förbjudet, och detta utan särskiljande inom det senare begreppet.”¹⁰

Den viktigaste skiljelinjen att kunna dra för att hitta tillämpningsområdet för artikel 101 går därför vid den nedre gränsen av ett förfarande som klassas som samordnat förfarande och ett förfarande som faller utanför samordningsformerna i artikel 101¹¹, se figur 1 för illustration.



Figur 1

⁸ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, 3 u, Sweet & Maxwell, 2010, s 5 st 1-005

⁹ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt –en kommentar*, Thomson Reuters förlag, 2009, avsnitt IV 2.1

¹⁰ *Anic Partecipazioni SpA mot kommissionen* C-49/92 p 108

¹¹ Heide-Jørgensen, Jakobsen m fl, *Konkurrenzeretten i EU*, 3 u, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, s 89

Den andra viktiga skiljelinjen att identifiera vid användningen av art 101 är den som måste dras gentemot ett förfarande sett som en ensidig åtgärd istället för ett avtal eller samordnat förfarande. Gränsen kan vid första anblicken framstå som oproblematisk men kan i vissa fall vara mycket svår att dra. Mer om detta under den särskilda delen.

Det går inte att likställa uttrycket "avtal" i konkurrensrätten med det man känner till från civilrätten. Konkurrensrätten ställer inte samma höga beviskrav som det krävs för att styrka förekomsten av ett civilrättsligt avtal. Avtalets juridiska form är av underordnad betydelse och avtalsbegreppet omfattar både muntliga och skriftliga, uttryckliga och underförstådda avtal.¹² Avtalsbegreppet ser olika ut beroende på om det rör sig om ett horisontellt samarbete (samarbete mellan företag på samma nivå i handelsledet) eller ett vertikalt samarbete (samarbete mellan företag på olika nivå i handelsledet).¹³ Avgörande för att träffas av förbudet i 101 är om de inblandade företagen har uttryckt en gemensam vilja att agera på marknaden på ett visst sätt.¹⁴

2.2.1.2 Vertikala avtalsförhållanden

Som ovan nämnt är förutsättningen för en tillämpning av artikel 101 att det finns minst två olika företag som gemensamt vidtar en konkurrensbegränsande åtgärd. Relationen mellan företagen kan dock se olika ut. Den vanligaste uppdelningen är att det antingen rör sig om ett samarbete mellan företag i samma handelsled, så kallade horisontella avtal, eller samarbete mellan företag i olika handelsled, så kallade vertikala avtal. Vad som under den här rubriken kommer beskrivas är vertikala avtal eftersom det är inom ramen för sådana avtal som gränsen mellan art 101 och 102 kan vara svår att dra.

Först bör det nämnas att vertikala samarbeten inte lika ofta som horisontella samarbeten utgör ett konkurrensrättsligt problem. Detta beror på att vertikala samarbeten i många fall kan medföra positiva effekter på konkurrensen exempelvis i form av konkurrens med högre kvalitet eller service.¹⁵ Många vertikala samarbeten kan inordnas under gruppundantaget för vertikala avtal och utgör därmed inte ett brott mot konkurrensrättsreglerna.¹⁶ Därför är det främst när förfaranden innefattar någon av de så kallade kärnbegränsningarna som de anses konkurrensbegränsande. Sådana kärnbegränsningar utgör bl a vertikal prisstyrning, områdesskydd, uppdelning av kunder. Vad som gäller har förtydligats något med kommissionens senaste riktlinje på området.¹⁷

¹² Heide-Jørgensen, Jakobsen m fl, *Konkurrenzeretten i EU*, 3 u, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009 s 90

¹³ A a föregående not s 91 ff, 96 ff

¹⁴ Se exempelvis *LVM m fl mot Kommissionen* REG 1999 s II-931, p 715

¹⁵ Kommissionens *Riktlinjer om vertikala begränsningar* utfärdad den 19 maj 2010 punkt 106-109

¹⁶ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt – en kommentar*, Thomson Reuters förlag, 2009, s 384 avsnitt VII

¹⁷ Kommissionens *Riktlinjer om vertikala begränsningar* utfärdad den 19 maj 2010

Svårigheten med vertikala avtal är att det ofta är en part som är mer beroende av den andre, antingen som leverantör eller som kund. Det gör att den ena parten är mer tongivande än den andre i avtalsrelationen och att det kan vara svårt att dra gränsen för vad som är att betrakta som en gemensam åtgärd vidtagen med en gemensam partsvilja och vad som är en ensidig åtgärd vidtagen av endast ena parten. Svårigheten kommer att behandlas närmre under den särskilda delen utifrån ett antal domar på området. En sammanfattning av dessa domar är att domstolen har ansett att ensidiga åtgärder som kan anses vara en integrerad del av ett långvarigt kontraktsförhållande har ansetts vara uttryck för en gemensam partsvilja och därmed kunnat förbjudas enligt art 101. Tolkningen av art 101 har ansetts mycket extensiv och domarna har kritiserats utifrån ett legalitetsperspektiv.

2.2.1.2 Ekonomiska enhetens princip

Ett viktigt rekvisit vid bedömningen av tillämpligheten av artikel 101 är huruvida företagen som agerat på ett sätt som bryter mot art 101 verkligen är skilda företag. Artikeln blir inte tillämplig på företag som ingår i samma ekonomiska enhet. Med ekonomisk enhet menas främst företag inom samma koncern men kan även appliceras på huvudman och dennes agent eller kommissionär.¹⁸ Förbudet aktualiseras alltså inte vid avtal mellan företag som ingår i samma koncern eller i förhållandet mellan en huvudman och dennes agent. Detta eftersom de båda nämnda fallen utgör exempel på när aktörerna anses ingå i samma ekonomiska enhet. Kritiska förhållanden vid bedömandet är i koncernfallet dotterbolagets självständighet gentemot moderbolaget.¹⁹ Ekonomiska enhetens princip är en viktig bakgrund till förståelsen av kritiken i avsnitt 3.3.3.

2.2.2 Artikel 102, omfång och funktion av förbudet missbruk av dominerande ställning

2.2.2.1 Marknadsdominans

Det första kriteriet för att träffas av FEUF artikel 102:s förbud mot missbruk av dominerande ställning är att företaget ska inta en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del därav.²⁰ Det är viktigt att påpeka att det inte är dominansen i sig som är förbjuden utan missbruket av den, mer om det nedan.²¹ Företagets marknadsdominans som utgör en av skiljelinjerna mellan 101 och 102, företaget kan ensidigt utföra åtgärder som bryter mot konkurrensregler. Det behöver alltså inte, som i 101, vara ett samarbete mellan två företag.

¹⁸ Wetter, Karlsson, Östman *Konkurrensrätt – en kommentar* Thomson Reuters förlag 2009 avsnitt IV rubrik 2.5

¹⁹ Heide-Jørgensen, Jakobsen m fl, *Konkurrenzeretten i EU*, 3 u, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, s 71

²⁰ A a föregående not s 534

²¹ Se avsnitt 2.2.2.2

Utrönandet av om ett företag innehar en dominerande ställning kan delas upp i två steg.²² Först måste det klargöras vilken den relevanta marknaden är.²³ När den relevanta marknaden klarlagts återstår att förstå vad som menas med uttrycket "dominerande ställning". En dominerande ställning uttrycks av EUD i *United Brands mot kommissionen* som

*"att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter"*²⁴

Vad som inte uttrycks i citatet är att marknadsmakt även kan förekomma på köparsidan. En stark köpare, exempelvis en stor varuhuskedja, kan också handla oberoende av sina säljare vilka ju inte är dess "kunder" i ordets bemärkelse, men som ändå skyddas av förbudet i art 102.

Förekomsten av marknadsdominans bedöms även utifrån vilken marknadsandel företaget har. I *AKZO mot kommissionen*²⁵ refererar domstolen till tidigare slutsatser dragna i målet *Hoffman-La Roche*²⁶ där det konstaterats att särskilt stora marknadsandelar i sig själva, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning. Detta är fallet vid en marknadsandel på 50 % vilken förelåg i det förevarande målet. Detta utesluter dock inte marknadsdominans bland företag med en marknadsandel lägre än 50 %, se exempelvis *United Brands*²⁷ där det dock framgår att det då krävs fler omständigheter som visar på företagets dominans. En sådan omständighet kan vara avståndet till konkurrerande företag, antal konkurrerande företag på den relevanta marknaden och de konkurrerande företagens respektive marknadsmakt.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det finns flera olika faktorer som påverkar analysen av huruvida ett företag innehar marknadsdominans eller ej. Men företagen måste vara stora aktörer på sin marknad för att kunna träffas av förbudet i 102, innehar de en liten marknadsandel så kan de inte träffas av förbudet i art 102. Marknadsandelen avgörs dock i slutändan av hur den relevanta marknaden definieras.²⁸

²² Whish, *Competition Law*, 5 u LexisNexis UK, 2003 s 178

²³ Se avsnitt 2.2.3

²⁴ Mål 27/76 *United Brands mot kommissionen* p 65

²⁵ Mål C-62/86 *Akzo mot kommissionen* p 60

²⁶ Mål 85/76 *Hoffman-La Roche* p 41

²⁷ Mål 27/76 *United Brands mot kommissionen* p 108 ff

²⁸ Se avsnitt 2.2.3

2.2.2.2 Missbruk

Det talas oftast om två olika typer av missbruk, exploaterande eller utestängande missbruk. Exploaterande missbruk är åtgärder som mer direkt kan skada kunderna såsom oskäligt höga priser eller orimligt begränsad produktion.²⁹ Utestängande missbruk är när en åtgärd eliminerar eller exkluderar konkurrenter eller förhindrar nya marknadsaktörer att få tillgång till marknaden. Detta typ av missbruk är vanligare förekommande för förbud.

Det missbruk som är av speciellt intresse i denna uppsats är missbruk i form av leveransvägran. Ett bra exempel på när leveransvägran har bedömts som missbruk ges i målet *Lélos Kai Sia* där det rör sig om leveransvägran av läkemedel från läkemedelsbolag till läkemedelshandlare.³⁰ Bakgrunden till leveransvägran var att hindra parallellhandel. Att detta förekommer just med läkemedel beror på att prisnivåerna i de olika medlemsländerna är så olika på grund av den prisnivå staten i respektive land godkänner. Läkemedelsbolag vill därför förhindra att handlare i länder med lägre priser köper upp stora partier för att sälja i länder med högre priser, något som skulle minska läkemedelsbolagets vinster. Frågan i målet var därmed:

”...huruvida den omständigheten att ett läkemedelsföretag som innehar en dominerande ställning på den nationella marknaden för vissa läkemedel vägrar att efterkomma beställningar från grossister, med anledning av att dessa bedriver parallellexport av de nämnda läkemedlen till andra medlemsstater, utgör ett missbruk av denna dominerande ställning som strider mot artikel 82 EG.”³¹

Domstolen kommer fram till att det utgör ett missbruk att inte efterkomma normala beställningar från tidigare återförsäljare. Vad som utgör normala beställningar avgörs med bakgrund i tidigare beställningar från grossisterna samt uppskattat behov på marknaden i den berörda medlemsstaten.³² I *Leos Kai Sia* bedömdes företaget ha en dominerande ställning vilket öppnade upp för en tillämpning av art 102. Denna dom är intressant vid en jämförelse med de domar i EUD som presenteras närmre i den särskilda delen under avsnitt 3.1 och 3.2.

2.2.3 Relevant marknad

Grundläggande för bedömningen om en viss åtgärd strider mot konkurrensregler är att se till vilken marknad åtgärden utförs på. I konkurrenssammanhang talar man om den relevanta marknaden. Detta är grundläggande för all konkurrensrätt men presenteras ändå här för att skapa en tydlig bakgrund till den särskilda delen.

²⁹ Heide-Jørgensen, Jakobsen m fl, *Konkurrenceretten i EU*, 3 u Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009 s 848f

³⁰ Mål C-468-478/06 Sot. *Lélos kai Sia EE m.fl*

³¹ Mål C-468-478/06 Sot. *Lélos kai Sia EE m.fl* p 28 i domskälen

³² Mål C-468-478/06 Sot. *Lélos kai Sia EE m.fl* domslutet

Den relevanta marknaden utgörs av en relevant produktmarknad samt en relevant geografisk marknad. I vissa fall kan man även tala om en tidsbestämd marknad, exempelvis är den relevanta marknaden för biljetter inför en konsert tidsbegränsade till innan konserten äger rum.³³ I kommissionens tillkännagivande angående definitionen av relevant marknad framgår att syftet med att identifiera en relevant marknad är att identifiera de faktiska konkurrenter till de berörda företagen som är i stånd att begränsa andra företags beteende och hindra dem från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck.³⁴

2.2.3.1 Relevant produktmarknad

Kommissionen beskriver i sitt tillkännagivande angående definitionen relevant marknad att en produktmarknad definieras på följande sätt: *”En relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenten betraktas som utbytbara.”*³⁵ Utbytbarhetsrekvisitet är alltså av relevans vid bedömningen av produktmarknaden. Rekvisitet kan lätt bli komplicerat att tillämpa. I det enkla fallet handlar det om en produkt som är lätt att efterlikna och där företagen som erbjuder denna produkt har samma förutsättningar att nå ut till marknaden. Mer komplicerat blir det när det rör sig om en komplex produkt, exempelvis läkemedel. Produktmarknaden har i vissa fall bedömts som mycket snäv. I *Hugin Kassaregister AB mot kommissionen* kom domstolen fram till att reservdelar av märket Hugin utgjorde en egen relevant marknad. Genom detta konstaterande kunde domstolen sedan gå vidare och bedöma företagets eventuella dominans och missbruk på marknaden.³⁶ Att detta är av stor betydelse förstås med beaktande av att om den relevanta marknaden hade ansetts vara mer generellt reservdelar för kassamaskiner så hade företaget inte kunnat ha en dominerande ställning och därmed heller inte ansetts kunna utföra ett förbjudet missbruk utav den.

2.2.3.1 Relevant geografisk marknad

Relevant geografisk marknad definieras i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad som följer

”Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är

³³ Emmerich, *Kartellrecht –ein Studienbuch*, 11 u, C.H. Beck, 2008, s 72 f

³⁴ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EUT nr C 372, 09/12/1997 s 5-13

³⁵ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EUT nr C 372, 09/12/1997 s 5-13

³⁶ Mål 22/78 *Hugin Kassaregister AB mot kommissionen* se framförallt p 5, 8 domstolens dom

tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren”³⁷

Avgränsandet av den geografiska marknaden är inget som kommer att diskuteras djupare under den särskilda delen varför det endast här nämns kort för att det är en viktig komponent i bestämmandet av den relevanta marknaden.

2.2.3.2 SSNIP

Ett känt tankeexperiment för att bedöma utbytbarhet från efterfrågesidan både i förhållande till relevant produktmarknad såväl som relevant geografisk marknad är det så kallade SSNIP-testet.³⁸ Testet beskrivs i kommissionens tillkännagivande och går ut på en bedömning av kundernas troliga reaktion på en liten (5-10 %), men varaktig, hypotetisk prishöjning på den produkt som är föremål för bedömning.³⁹ Vad som undersöks är om kunderna som svar på prishöjningen snabbt skulle vända sig till lätt tillgängliga substitutvaror eller till leverantörer i ett annat område. Om kundernas substitution eller val av andra områden att handla i skulle göra prishöjningen olönsam på grund av minskad försäljning kommer dessa substitutvaror och områden också fogas till den relevanta marknaden. Frågeställningen upprepas sedan till dess man finner produkter och områden som inte skulle generera en tillräcklig substitution och därmed göra prishöjningen lönsam, man har då funnit gränserna för den relevanta marknaden. Något man bör ha i åtanke om man önskar tillämpa detta tankeexperiment är att det krävs att marknaden är flexibel och också självstyrande, hur lätt är det för en konsument att byta till en annan substitutionsvara? När det gäller exempelvis läkemedel, som det handlar mer om under den särskilda delen, sätts inte priserna av företagen själva utan i stor utsträckning av medlemsstaterna.

2.3 Något om tysk konkurrensrätt

2.3.1 Allmänt

För att på ett kritiskt sätt kunna granska den europeiska konkurrensrätten och dess eventuella brister finns här en presentation av ett annat konkurrensrättsligt regelverk – det tyska. Uppsatsens fokus är inte att ställa dessa mot varandra utan att öppna upp för ett annat angreppssätt av åtgärder vidtagna av företag i icke-dominerande ställning. Nedan följer en presentation av bakgrund och framväxt av den tyska konkurrensrätten samt en mer specifik presentation av en regel i tysk rätt som reglerar just ensidiga åtgärder vidtagna av företag i icke-dominerande ställning.

³⁷ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EUT nr C 372, 09/12/1997 p 8

³⁸ SSNIP är en förkortning av ”small but significant and non-transitory increase in [relative] prices”

³⁹ Wetter, Karlsson, Östman *Konkurrensrätt –en kommentar* Thomson Reuters förlag, 2009, avsnitt III 2

2.3.2 Historisk bakgrund

Tysk konkurrensrätt har gamla rötter. Redan 1923 utfärdades en "Kartellverordnung", som dock i praktiken blev näst intill verkningslös. Nästa milstolpe för den tyska konkurrensrätten sattes av de allierade som 1947 införde ett nytt kartell- och monopolförbud. Inte heller denna fick någon verkan att tala om men dess effekt på det politiska klimatet ska inte underskattas då den lade grunden för införandet av en mer verksam konkurrenslagstiftning.⁴⁰

En sådan mer verksam konkurrenslagstiftning trädde i kraft 1 januari 1958 och var det som än idag heter "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" (GWB). Till svenska översätts det som "lag mot konkurrensbegränsningar". Samma dag trädde även konkurrensreglerna i EU-rätten för första gången i kraft men fick inte förrän 1962 någon egentlig betydelse eftersom det först då kom en genomförandeförordning.⁴¹ Så länge systemen har funnits parallellt har det varit ett ständigt återkommande problem om hur rättssystemen ska tillämpas i förhållande till varandra. Detta har dock klarnat något i och med förordning 1/2003.⁴²

2.3.3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

GWB är sedan den senaste stora förändringen 2005 i stort uppbyggd liknande den konkurrensrättsliga regleringen i FEUF.⁴³ Dess första avsnitt § § 1-3 innehåller förbud mot konkurrensbegränsande sammanslutningar, beslut och förhållningssätt. Detta kan jämföras med FEUF art 101. Dess andra avsnitt § § 19-21 behandlar marknadsdominerande företag samt dess konkurrensbegränsande uppträdande. Här finns regler för missbruk av dominerande ställning, denna del kan jämföras med art 102 i FEUF. Utöver det finns även regleringar om diskrimineringsförbud, förbud mot obillig/oskäligen störning samt förbud mot att bojkotta andra företag. Det är i denna avdelning, som rör diskriminering, regeln som kommer presenteras närmre finns.

2.3.3.1 GWB § 20 st 2

Ett av diskrimineringsförbuden finner man i § 20 st 2. Denna regel vänder sig till "Marktstarke", på svenska, marknadsstarka, företag vilka har affärsförhållanden med små eller medelstora företag som på ett eller annat sätt är beroende av det marknadsstarka företaget som leverantör eller kund. Företaget behöver alltså inte ha en klassisk marknadsdominans för att ha en relativ marknadsmakt, som det även kallas. Företagets ställning anses nämligen i enstaka fall, i förhållande till ett annat

⁴⁰ Emmerich, *Kartellrecht –ein Studienbuch*, 11 u, C.H. Beck, 2008, s 12 f

⁴¹ Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962

⁴² Rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002

⁴³ Emmerich, *Kartellrecht –ein Studienbuch*, 11 u, C.H. Beck, 2008, s 267

företag, vara så stark att dess åtgärder för företag i en beroendeställning får samma effekt som om det innehade en dominerande ställning på den relevanta marknaden.⁴⁴

Ett företags relativa marknadsmakt bedöms utifrån graden beroende som andra företag har av det företag som är föremål för bedömning. Graden av detta beroende uppskattas genom att se vilka rimliga möjligheter, inom den relevanta marknaden, beroende företag har att vända sig till andra än det marknadsstarka företaget för sina köp respektive leveranser.⁴⁵ Är möjligheterna små eller orimliga kallas förhållandet till det marknadsstarka företaget ibland för "tvångspartner".⁴⁶

Det finns olika situationer i vilka företag kan vara beroende av den marknadsstarka handelspartnern. Det praktiskt mest betydelsefulla beroendet är sortimentsbetingat beroende.⁴⁷ Med det menas beroendet av leveranser av särskilda artiklar, speciellt av vissa kända märken, som har sin grund i förväntningarna hos konsumenten. Förväntan består i att konsumenten hos en viss handlare ska finna ett fullständigt sortiment. För att då anta att det rör sig om ett sortimentsbetingat beroende räcker det med att en viss produkt genom sin kvalitet och reklam har nått en sådan ställning på marknaden att varje återförsäljare som vill tillhandahålla ett fullständigt sortiment åt sina konsumenter är hänvisade till att saluföra varan i sitt sortiment. Exempel på marknader där beskrivna beroende kan uppstå är vissa reservdelar till bilar vilka är ett måste för reparationsverkstäder.

Det finns även något som betecknas som "Spizenstellungsabhängigkeit" eller "Spitzengruppenabhängigkeit" översatt till svenska kan man kalla det toppositionsberoende respektive toppskiktsberoende⁴⁸. De utgör samma grundproblem men skillnaden ligger i att om det är fråga om ett toppositionsberoende så är det en ensam artikel som är väsentlig för den beroende parten. Om man istället talat om toppskiktsberoende rör det sig om en grupp, exempelvis varumärken, som gemensamt utgör ett fullödigt sortiment vilket vid en förlust av dessa i sitt sortiment inte skulle lämna några övriga möjligheter kvar till fortsatt handel med rimliga konkurrensförutsättningar. Exempel på marknader där ett sådant beroende kan uppstå är elektronikkedjor där kunden förväntar sig finna ett visst sortiment, även bland leverans av vissa märkesparfyer har ett beroende ansetts funnits.

⁴⁴ *Liefersperre als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot –Rossignol* BGH dom från 20/11 1975 under A 2 b) i domskälen

⁴⁵ Loewenheim, Meessen, Riesenkampf, *Kartellrecht –Kommentar*, 2 u, C.H. Beck, 2009, § 20 Rn 5

⁴⁶ På tyska „Zwangspartner“ förf översättn. Emmerich, *Kartellrecht –ein Studienbuch*, 11 u, C.H. Beck, 2008, s 389 Rn 13

⁴⁷ På tyska „Sortimentsbedingte Abhängigkeit“ förf översättn. Emmerich, *Kartellrecht –ein Studienbuch*, 11 u, C.H. Beck, 2008, s 391 Rn 18

⁴⁸ Spizenstellungsabhängigkeit på svenska är toppositionberoende och Spitzengruppenabhängigkeit är toppskiktsberoende. Det senare betecknar ett flertal medan det först nämnda rör sig om ett singular. Förf övers.

Den tyska rätten använder sig sammanfattningsvis av två maktuttryck inom konkurrensrätten, dels det rena dominanskriteriet men även, det för det för den europeiska rätten obekanta rekvisitet, relativ marknadsmakt. Den europeiska konkurrensrätten har endast dominanskriteriet att utgå ifrån. Båda maktuttrycken är dock avhängiga av hur den relevanta marknaden definieras. För att få till stånd en dominant position på marknaden krävs det ofta en smal avgränsning av den relativa marknaden, en än smalare än om endast relativ marknadsmakt skulle styrkas. Den europeiska och den tyska rätten är därmed lika såtillvida att användandet av regler rörande ensidiga åtgärder är beroende av marknadsavgränsningen. Rättssystemen skiljer sig dock åt då den europeiska rätten kräver smalare definition av en relativ marknad än den tyska för att kunna använda regler som reglerar endast ensidiga åtgärder. Rörande den europeiska se vidare under avsnitt 3.5.1.

2.3.4 Legalt stöd för strängare nationell rätt, rådets förordning 1/2003

Den legala grunden för möjligheten för Tyskland att ha det här systemet som avviker från det Europeiska finns i rådets förordning 1/2003. Bakgrunden till införandet av förordningen framgår av dess inledande skäl. I dessa nämns att förordningen ämnar effektivisera tillämpningen av art 81 och 82 (idag 101 och 102) och att det i en sådan effektivisering ingår bland annat att fastställa förhållandet mellan nationell lagstiftning och gemenskapens konkurrensrätt. Det förhållandet finns reglerat i förordningens 3 artikel. Där framgår att de inhemska domstolar och myndigheter som tillämpar den inhemska konkurrenslagstiftningen samtidigt ska tillämpa den europeiska, om förhållandet rör något som kan påverka handeln mellan medlemsstater. Vidare framgår att medlemsländerna inte tillåts ha stängare regler för avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsländer. Detta gäller dock inte ensidiga förfaranden där strängare inhemsk reglering tillåts, se samma artikel 2 st 2 men. Det är detta lagrum som gör det möjligt för Tyskland att fortfarande ha kvar en strängare konkurrensrätt.

3 Särskild del

I den särskilda delen kommer ett par omdiskuterade fall i EUD presenteras och analyseras. Fallen rör situationer där frågan har varit om de åtgärder som vidtagits av leverantörerna har varit ensidiga eller ej. Efter det följer en analys av målen och den kritik som riktats mot dem. Mot bakgrund av det följer en analys av vad som kan vara kommissionens uttalade syfte med att driva målen. Detta eftersom om man kan förstå ett sådant syfte också gör att man kan gå vidare och undersöka på vilka andra sätt man skulle kunna nå ett sådant mål. Delen som undersöker andra sätt att hantera situationerna benämns alternativa tillvägagångssätt. Där finns förslag på hur man kan använda den europeiska rätten på ett annat sätt men även en jämförelse med, och analys av, det tyska sättet att reglera liknande situationer.

3.1 Ensidiga åtgärder – integrerade delar i ett avtalsförhållande?

Skillnaden mellan art 101 och art 102 kan sammanfattas som att artikel 101 reglerar åtgärder som uttrycker en gemensam vilja mellan två eller fler parter medan art 102 reglerar de fall när ett företag utför en ensidig åtgärd. För att träffas av förbudet i artikel 102 krävs dock, utöver en konkurrenshämmande åtgärd, att företaget som vidtagit åtgärden innehar en dominerande ställning. Frågan som då uppkommer är hur en ensidigt vidtagen åtgärd av ett företag i icke-dominerande ställning bedöms, eftersom den inte träffas av något av förbuden. Frågan har gett upphov till ett antal fall i EU-domstolen som i detta avsnitt ska redogöras för.

AEG mot kommissionen

Det första fallet rör ett tyskt bolag, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG (nedan kallat AEG) som producerade elektronikprodukter som TV- och radioapparater, skiv- och bandspelare. I *AEG-Telefunken mot kommissionen*⁴⁹ använde sig AEG-koncernen av ett selektivt säljsystem i Europa, bortsett från i dess hemmamarknad, Tyskland, där man använde sig av egna säljkontor. Kommissionen hade godkänt AEG:s selektiva säljsystem men det visade sig att AEG inte tillämpade systemet på det sätt som blivit godkänt av kommissionen. AEG godkände inte nya återförsäljare, som i och för sig uppfyllde deras kvalitativa kriterier på återförsäljare, men som nekade till att underkasta sig AEG:s prispolitik. Prispolitiken gick ut på att säkra en höjd prisnivå för AEG:s produkter inom EU. Domstolen kom fram till att denna metod att välja ut återförsäljare inte endast utgjorde en av AEG ensidigt vidtagen åtgärd utan istället var en del i det avtalsförhållande som AEG hade med befintliga återförsäljare. I domen uttrycks det *"Tvärtom är förhållningssättet en del av de avtalsförhållanden som företaget upprätthåller med återförsäljarna. Faktum är att när en distributör tas upp i systemet grundar sig auktorisationen på de avtalsslutande parternas uttryckliga*

⁴⁹ *AEG mot kommissionen* mål 107/82, domstolens dom av 25 oktober 1983

eller tysta godkännande av den politik som AEG för, som bl.a. innebär att alla distributörer som uppfyller kriterierna för auktorisation men som inte är beredda att ansluta sig till den politiken utesluts från nätverket.”⁵⁰ vidare ”Det finns således skäl att anta att även vägran att auktorisera är ett handlande som omfattas av avtalsförhållandena med de auktoriserade distributörerna, eftersom syftet med dessa är att säkra konkurrensbegränsande samverkan, vilken ligger till grund för avtalen mellan tillverkarna och de auktoriserade distributörerna.”⁵¹

Det som kom fram i målet är alltså att avtalskriteriet i art 101 har en vid tillämpning. En åtgärd som vidtagits och införts av leverantören, i det här fallet AEG, ansågs inte vara endast en ensidig åtgärd utan en del i de avtalsförhållanden som fanns mellan AEG och dess distributörer. Eftersom avtalskriteriet därmed var uppfyllt var en tillämpning av art 101 möjlig.

Ford mot kommissionen

Ännu längre i tillämpningen av art 101:s område gick domstolen i fallet *Ford mot kommissionen*.⁵² Målet grundade sig i Fords selektiva säljsystem i Europa vilket hade blivit anmält till kommissionen.⁵³ På våren 1981, blev efterfrågan kraftigt ökad på högerstyrda bilar hos de tyska återförsäljarna, detta på grund av valutafluktuationer i Storbritannien som gjorde det var mycket billigare att köpa bilar från Tyskland. Ford var rädd att detta skulle skada dess engelska återförsäljare och skickade i april 1982 ett brev till alla tyska distributörer med information om att alla leveranser av högerstyrda bilar skulle upphöra. Från och med den 1 maj 1982 kunde man därför inte längre köpa högerstyrda bilar från tyska återförsäljare utan endast från brittiska återförsäljare eller Ford Storbritannien. Domstolen menade att denna leveransvägran till de tyska bilhandlarna stred mot art 101(1) och resonerade enligt följande. Avtalet mellan Ford och distributörerna är ett selektivt distributionssystem. I ett selektivt distributionssystem där det rör sig om högteknologiska produkter sluts avtal om distributionen för ett par år i taget. Eftersom den tekniska utvecklingen inte alltid går att förutsäga måste vissa delar av avtalet lämnas öppna att senare bli bestämda av leverantören, en sådan senare komplettering av ett redan existerande avtal ska då inte ses som en ensidig åtgärd utan en del i det redan befintliga avtalet. Den leveransvägran av högerstyrda bilar som Ford utövade gentemot de tyska återförsäljarna är en sådan senare inträffad situation som Ford nu har reglerat i avtalet med sina återförsäljare.⁵⁴

⁵⁰ *AEG mot kommissionen* mål 107/82, domstolens dom av 25 oktober 1983 p 38

⁵¹ A st föregående not p 39

⁵² *Ford mot kommissionen* mål 25-26/84 domstolens dom 17 september 1985

⁵³ Jakobsen, Broberg *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, ECLR, 2002, 23(3), 127-141

⁵⁴ *Ford mot kommissionen* mål 25-26/84 domstolens dom 17 september 1985 p 20

Tillämpningen av art 101 i Ford-fallet är vidare än den i AEG. Detta eftersom återförsäljarna i Ford, till skillnad från återförsäljarna i AEG, inte hade något att tjäna på leverantörens, Fords, handlande. Ändå ansågs Ford agerande vara en del av det avtal som fanns mellan Ford och dess tyska återförsäljare.

Sandoz mot kommissionen

Även målet *Sandoz*⁵⁵ rör parallellhandel men i det fallet läkemedel. Det som i stort skiljer det fallet från *Ford* är att det i *Sandoz* rör sig om kundförhållanden utanför ett selektivt säljsystem där ett generellt och övergripande avtalsförhållande dem emellan saknades. Den otillåtna åtgärden bestod i att Sandoz på leveransfakturorna hade tryckt upp "export förbjuden". Den åtgärden ansågs av domstolen som en integrerad del i företagets avtalsförhållande till sina återförsäljare. Det som domstolen ansåg styrka den synen var avsaknaden av protester från återförsäljarna och ansågs därmed som ett implicit godkännande av villkoret.⁵⁶

Sandoz öppnade för att villkor angivna på fakturor kan anses vara del av ett avtal om det förekommer löpande och ej protesteras emot. Det utgör en mycket vid tolkning av avtalsbegreppet i art 101.

Domstolen har i flera likande fall kommit fram till att till synes ensidiga åtgärder utgör avtal inom ramen för art 101, exempelvis *Volkswagen C-388/00*, *General Motors Nederland C-551/03*, *Glaxo Smith Kline T-168/01* samt *Tipp-ex C-279/87*.

3.2 Ensidiga åtgärder som inte ansetts falla in under art 101

Mot bakgrund av nämnda fall kan det verka svårt att utröna var gränsen för art 101 går. I några fall har domstolen haft en annan åsikt än kommissionen och inte ansett ensidiga åtgärder utgöra del av ett avtal.

Bayer

Målet *Bayer mot kommissionen*⁵⁷ behandlar distributionen av läkemedlet *Adalat*. Bayer AG (Bayer) tillverkade läkemedlet *Adalat* som såldes över hela Europa, men inte i ett selektivt distributionssystem. Priserna skilde sig åt i de olika medlemsländerna på grund av nivån för läkemedelspriser som de olika medlemsstaterna satt för läkemedlet. Det gjorde att priset på *Adalat* var ca 40 % lägre på den franska och spanska marknaden än på exempelvis den brittiska

⁵⁵ *Sandoz prodotti farmaceutici SpA mot Kommissionen C-87/277* endast en sammanfattning av domen har publicerats.

⁵⁶ Jakobsen, Broberg *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community* ECLR 2002, 23(3), 127-141.

⁵⁷ *Bayer mot kommissionen*, första instans T-41/96 samt förenade målen i EUD C-2/01 och C-3/01.

marknaden.⁵⁸ Istället för att begränsa distributionen till de franska och spanska återförsäljarna genom att märka fakturor med "export förbjuden" eller skicka ut information om att de inte längre levererar lika stora mängder till de franska och spanska grossisterna så meddelade de helt enkelt att lagret var tomt och de därför inte kunde leverera. Kommissionen menade att den åtgärden, precis som i tidigare fall, utgjorde en integrerad del av den avtalsrelation Bayer Frankrike och Bayer Spanien hade med sina respektive återförsäljare. Förstainstansrätten kom dock fram till att kommissionen inte lyckats styrka att så var fallet, tvärtom så hade flera av grossisterna protesterat mot åtgärderna.⁵⁹ Domstolen följde upp förstainstansrättens dom och kom fram till att åtgärden inte föll inom ramen för art 101:s tillämpningsområde. Detta då kommissionen inte lyckats styrka I) att Bayer Frankrike och Bayer Spanien ålagt flera av sina grossister exportförbud, II) att Bayer genomfört en systematisk kontroll av den faktiska slutliga destinationen för de Adalat-förpackningar som levererades efter det att den nya leveranspolicy hade genomförts samt III) att Bayer som förutsättning för leverans av denna produkt har uppställt ett krav på att detta påstådda exportförbud följdes.⁶⁰

Kommissionen mot Bayer visar på en tillstramning av den trend som tidigare utvecklats till en allt mer vid tillämpning av art 101. Domstolen poängterar att det inte förekom några kontroller i efterhand av vilka grossister som följde det av kommissionen påstådda exportförbudet.⁶¹ Några sådana kontroller förekom i och för sig inte i de domar som tidigare anförts, såsom *Ford* och *Sandoz*, vilka domstolen i Bayer refererar till men menar att det i de målen fanns andra omständigheter som kunde styrka förekomsten av ett avtal. I *Sandoz* fanns det på fakturorna upptryckt "export förbjuden", vilket återförsäljarna underförstått hade godtagit. Detta gjorde att domstolen utan att kontrollera förekomsten av ett kontrollsystem ändå kunde slå fast att det rörde sig om ett avtal inom ramen för art 101.

Volkswagen II

Ett annat mål där kommissionen misslyckades med att styrka att det rörde sig om ett avtal inom ramen för artikel 101 var *Volkswagen II*.⁶² I det fallet rörde det sig precis som i tidigare nämnda *Ford mot kommissionen* om ett selektivt återförsäljarsystem där Volkswagen slutit ett standardavtal med sina handlare.⁶³ Detta avtal stred i sig inte mot konkurrensrätten även om handlarna i

⁵⁸ *Bayer mot kommissionen*, förenade målen i EUD C-2/01 och C-3/01 se domstolens dom p 2 samt Brown, *Bayer v. Commission: the ECJ agrees* E.C.L.R.2004, 25(7),386-389

⁵⁹ *Bayer mot kommissionen* T-41/96 p 156, 157 se även domstolens dom p 110

⁶⁰ *Kommissionen mot Bayer* C-2/01 och C-3/01 p 80 samt *Bayer mot kommissionen* T-41/96 p 109

⁶¹ *Kommissionen mot Bayer* C-2/01 och C-3/01 p 82-86

⁶² *Kommissionen mot Volkswagen* C-74/04

⁶³ *Kommissionen mot Volkswagen* C-74/04 p 3

standardavtalet åtog sig att *"tillvarata och främja de intressen Volkswagen företräder"*.⁶⁴ Volkswagen har senare sänt ut information om att de tyska handlarna endast ska bevilja begränsade, eller inga, rabatter vid försäljning av bilmärket Passat.⁶⁵ Kommissionen ansåg att detta utgjorde en överträdelse av förbudet i art 101 eftersom återförsäljarna i det selektiva distributionssystemet redan på förhand får ha ansetts lämna sitt samtycke till Volkswagens senare instruktioner och denna åtgärd därför skulle ses som en del av det avtal som fanns mellan Volkswagen och dess återförsäljare.⁶⁶

Tribunalen menade att kommissionens ståndpunkt innebär att en återförsäljare som har undertecknat ett återförsäljaravtal som är förenligt med konkurrensrätten, vid tidpunkten för undertecknandet och genom denna underskrift, ska anses i förväg ha godtagit en senare rättsstridig utveckling av detta avtal, även om återförsäljaren inte kunde förutse en sådan utveckling, just på grund av att detta avtal var förenligt med konkurrensrätten.⁶⁷ Tribunalen anför vidare att det visserligen kan förekomma att avtalsvillkor kan anses godkännas på förhand men inte om dessa vid ett senare tillfälle kommer att bli rättsstridiga. En rättsstridig utveckling av ett sådant avtal är alltså inte möjlig.⁶⁸ Detta synsätt delades inte av EUD även om den slutliga bedömningen fick samma resultat. *"Förstainstansrätten har dock gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den fann att bestämmelser som överensstämmer med konkurrensreglerna inte kan anses tillåta uppmaningar som strider mot dessa regler."*⁶⁹ Förhållandet som EUD grundade sitt beslut på var att Volkswagens uppmaning inte kunde anses vara en del av det standardavtal som Volkswagen slutit med sina återförsäljare eftersom standardavtalet inte innehöll någon befogenhet för Volkswagen att sätta slutpriser eller lämna instruktioner om rabatter.⁷⁰

I *Volkswagen II* fanns det, precis som i *AEG* och *Ford*, ett generellt övergripande avtal. Kommissionen har argumenterat för att distributörerna då i förväg har godkänt att vissa avtalsvillkor tillkommer i efterhand, precis som EUD konstaterade i *Ford*. I *Volkswagen II* kan man dock se en gräns för hur mycket som kan anses godkänt i förväg, att reglera slutpriser eller sätta rabatter om någon sådan rätt inte tidigare getts leverantören i avtalet, är alltså att gå utöver en sådan gräns.

3.2.1 Springande punkter i avgörandet om avtal existerar eller inte

Som ovan nämnts så finns det ett antal domar som reglerar ensidiga åtgärder från företag i icke-dominerande ställning. I detta avsnitt följer en sammanfattning av vad som framkommit i domarna,

⁶⁴ *Volkswagen mot kommissionen* T-208/01 p 2

⁶⁵ *Kommissionen mot Volkswagen* C-74/04 p 10

⁶⁶ *Volkswagen mot kommissionen* T-208/01 p 25

⁶⁷ A st föregående not p 43

⁶⁸ A st föregående not p 45

⁶⁹ *Kommissionen mot Volkswagen* C-74/04 p 53

⁷⁰ Ur avtalet "lämnar [Volkswagen] icke bindande prisrekommendationer för konsumentpriser och rabatter" T-208/01 p 2 samt domstolens dom C-74/04 p 51-56

och vilka slutsatser man kan dra av vad som varit av vikt för EUD vid avgörandet om huruvida det rör sig om ett avtal eller ej. Sammanfattande för de tre punkter som tas upp är att alla på det ena eller andra sättet stärker tesen i det enskilda fallet om att det rör sig om en gemensam partsvilja, vilket är den avgörande faktorn för att det ska vara fråga om ett avtal.⁷¹

3.2.1.1 Led i en systematisk affärsstrategi samt bakomliggande avtal

Något som har visat sig ha betydelse är om åtgärden utgör ett led i en systematisk affärsstrategi från företaget. Enstaka åtgärder utan koppling till ett större sammanhang har man alltså inte ansett omfattas av förbudet.⁷² I *AEG* och *Ford* har det funnits ett generellt återförsäljaravtal mellan leverantörerna och återförsäljarna. Som beskrivits ovan⁷³ uttryckte EUD i *Ford* att det är naturligt att det när ett återförsäljaravtal som sluts för flera år i taget finns villkor som måste kompletteras i efterhand. Att sådana villkor tillfogas i efterhand är något som distributörerna därför i förväg har medgivit och godkänt.⁷⁴

I beaktande ska dock tas att även relativt få åtgärder kan av EUD ses som led i en systematisk affärsstrategi.⁷⁵ Ett exempel på det är i *AEG* domen där domstolen nämner att det rör sig om relativt få överträdelser men att det ändå i slutet anses röra sig om en överträdelse av förbudet i art 101. Vad som anses som tillräckligt antal gånger beror dock på i vilken kontext överträdelserna har ägt rum. Är det fråga om en uttalad vilja att stoppa parallellhandel minskar kravet på antal överträdelser och vice versa.

3.2.1.2 Gemensamt intresse

Domstolen har även vid avgörandet om åtgärden i fråga kan bedömas som en överträdelse av art 101 lagt vikt vid intresset av åtgärden för grossisten eller återförsäljaren. Det finns inte en entydig linje från domstolen på denna punkt men det är en punkt som ofta kommer upp i domskälen. Det kan skönjas i exempelvis *AEG* där distributörer som inte upprätthåller den höga prisnivån som *AEG* erfordrar ej tas upp i nätet av återförsäljare. Detta får ses som en strategi som de befintliga återförsäljarna har ett eget intresse i eftersom det håller inom-märkeskonkurrensen nere, och de har ansetts godkänt strategin varför det utgör ett konkurrensbegränsande avtal.⁷⁶ Ett gemensamt intresse är dock inget krav för förekomsten av ett avtal då det exempelvis i målet *Ford* inte alls låg i

⁷¹ Se exempelvis *LVM m fl mot Kommissionen* REG 1999 s II-931, p 715

⁷² Jakobsen, Broberg *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, ECLR, 2002, 23(3), 127-141

⁷³ Se avsnitt 3.1

⁷⁴ Se vidare Wickihalder *The distinction between an "agreement" within the meaning of article 81(1) of the EC treaty and unilateral conduct*, ECJ, 2006, 2(1) s 94

⁷⁵ *AEG mot kommissionen* mål 107/82, domstolens dom av 25 oktober 1983 p 45, 46

⁷⁶ A st p 38-39

distributörernas intresse att de inte längre skulle få leveranser av högerstyrda bilar. Ändå ansåg domstolen att åtgärden att sluta leverera högerstyrda bilar var en överträdelse av förbudet i 101.⁷⁷

3.2.1.3 Sanktioner och eventuella meddelanden från producenten till återförsäljarna

En annan punkt som domstolen lagt vikt vid är vilken information respektive sanktioner som varit kopplade till åtgärderna. I *Bayer*-målet föranleddes inte de upphörda leveranserna av någon information om att upphörandet berodde på att företaget önskade komma tillrätta med parallellhandel utan den information som gick ut till grossisterna var att lagret var slut. Detta kan jämföras med *Sandoz* där leverantören istället för att sluta leverera tryckte upp "export förbjuden" på fakturorna, något som ansågs som en del i en avtalsrelation. Även i målet *GlaxoSmithKline*⁷⁸ bedömdes den av GlaxoSmithKline införda policyn som en överträdelse av artikel 101. Tribunalen la vikt vid de av företaget utskickade uppmaningarna att konfirmera de nya affärsvillkoren, vilket gjordes av återförsäljare som tillsammans stod för 90 % av försäljningen.⁷⁹

Ett annat, tidigt, mål på området, *BMW Belgium SA mot Kommissionen*⁸⁰ innehåller också tydlig kommunikation mellan leverantör och distributörer. BMW hade sänt ut cirkulärskrivelser till sina återförsäljare med information om att avtalet dem emellan inte tillät vidareförsäljning till icke auktoriserade återförsäljare. I brevet bad BMW även återförsäljarna att konfirmera informationen och skicka tillbaka brevet underskrivet, något som de flesta också gjorde. Detta använde EUD sedan som bevis för att ett avtal existerade mellan parterna.

Av betydelse är även när den konkurrensbegränsande affärsstrategin etablerades. Om den är känd för distributören när avtalet ingås känner distributören till policyn och det blir i efterhand svårt att hävda att avtalet ingicks utan gemensam vilja angående just den delen i leverantörens affärspolicy. Det blir därför svårt att hävda att det är endast en ensidig åtgärd. Om åtgärden istället vidtas efter att avtalet ingåtts med distributören är det svårare att hävda att det rör sig om en gemensam viljeyttring. I sådana fall krävs oftast ett komplement i form av mottagen information om åtgärden vilken åtminstone inte gett upphov till protester från distributörerna.⁸¹

⁷⁷ McCabe Jedlickova, *Boundaries between unilateral and multilateral conducts in vertical restraints* ECLR, 29(10), 600-607 se även Jakobsen, Broberg, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, ECLR, 2002, 23(3), 127-141

⁷⁸ *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot kommissionen* T – 168/01

⁷⁹ A st p 13, 14

⁸⁰ *BMW Belgium SA mot Kommissionen* förenade målen 32/78, 36/78-82/78

⁸¹ Jakobsen, Broberg, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, ECLR, 2002, 23(3), 127-141

Vad gäller sanktioner och kontrollsystem är avsaknaden av det något som i exempelvis *Bayer* tagits upp som en indikation på att det inte rör sig om ett avtal.⁸² I *Tipp-Ex mot kommissionen*⁸³ ville Tipp-Ex förhindra sina europeiska återförsäljare utanför Tyskland att sälja till Tyskland eftersom det där var en högre prisnivå på produkten. Tipp-Ex meddelade därför återförsäljare som ägnade sig åt parallellhandel att om de fortsatte med det kunde det bli aktuellt med viten. Tipp-Ex hävdade att detta var en ensidig åtgärd men EUD, som följde kommissionens linje, konstaterade att exportförbudet hade efterföljts och det därför var fråga om ett avtal inom ramen för artikel 101.

3.3 Kritik riktad mot domarna

Mot behandlingen av de ovan nämna fallen⁸⁴ har det riktats viss kritik. Nedan följer en sammanfattning av denna kritik och en uppdelning av kritiken under några huvudpunkter.

3.3.1 Tvetydig praxis

Bland kritiken som riktats mot domarna på området är en av de mer förekommande att praxis är för oklar och tvetydig. Ett tydligt exempel på denna oklarhet utgör en jämförelse mellan resonemanget i *AEG mot kommissionen* och det i *Ford mot kommissionen*. Resonemanget i *AEG* går ut på att vägran att anta en ny återförsäljare är en del av det konkurrensbegränsande avtal AEG har med sina distributörer. I det fallet går det att skönja vari den gemensamma partsviljan ligger genom vinsten båda sidorna har av den strikta policyn för upptagandet av nya återförsäljare. Om distributörer som höll en lägre prisnivå togs upp som återförsäljare skulle det leda till en ökad inom-märkeskonkurrens, något som skulle drabba de andra distributörerna negativt. Resonemanget om att det rör sig om ett avtal går med den bakgrunden att följa. Om man istället tittar på *Ford mot kommissionen*, är det svårare att se denna gemensamma partsvilja. Det kan knappast finnas något intresse hos de tyska återförsäljarna att bli av med leveranser som de tidigare haft god omsättning på. Dessa resonemang i praxis står inte i samklang och det är svårt för ett företag att förstå reglernas räckvidd och därmed kunna förhålla sig till dem.

3.3.2 Legalitet

En grundläggande princip inom EU är principen om tilldelade befogenheter eller legalitetsprincipen.⁸⁵ Det betyder att EU:s institutioner och organ endast får handla inom ramen för den befogenhet medlemsstaterna har gett dem. Inom konkurrensrätten förstås det som att ett företag inte kan

⁸² *Kommissionen mot Bayer* C-2/01 och C-3/01 p 82

⁸³ *Tipp-Ex mot kommissionen* C-279/87 endast en sammanfattning är publicerad se Jacobsen, Broberg A a not 64

⁸⁴ Se av snitt 3.1 och 3.2

⁸⁵ Bernitz, Kjellgren, *Europarättens grunder*, 3 u, Norstedts Juridik, 2007, s 99

åläggas sanktioner utan stöd i fördragen. Vid en tillämpning av art 101 som setts i målen ovan kan det ifrågasättas om en sådan tillämpning egentligen är förenlig med art 101 och legalitetsprincipen⁸⁶.

I den extensiva tillämpning av art 101 som visats i flertalet fall har skillnaden mellan art 101 och 102 suddats ut och det kan bli något motsägelsefulla verkningar vilket tribunalen påpekar i *Bayer*:

*”En utvidgning av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget skulle, i enlighet med vad kommissionen har anfört, leda till en paradoxal situation där en vägran att sälja skulle straffas strängare inom ramen för artikel 85.1 än inom ramen för artikel 86, eftersom förbudet i artikel 85.1 då skulle gälla för en tillverkare som beslutade att vägra leverera eller att begränsa sina framtida leveranser, utan att för den skull helt säga upp affärsförbindelserna med sina kunder, medan en leveransvägran inom ramen för artikel 86, även när den är total, endast är förbjuden om den innebär ett missbruk.”*⁸⁷

En liknande inställning visas även av EUD i samma mål *”Om det skulle anses att det förelåg ett sådant avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget enbart på grundval av att det har getts uttryck för en ensidig policy som syftar till att förhindra parallellimport, skulle nämligen tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget förväxlas med tillämpningsområdet för artikel 86 i fördraget.”*

Detta blir en märklig tillämpning eftersom art 102 är uppbyggd som den är eftersom ett dominerande företag har en sådan ställning som andra företag lätt blir beroende av, ändå är det art 101 som tillämpas i fallen.

Den tillämpning som setts i flertalet fall⁸⁸ gör att grundförhållandet mellan 101 och 102 suddas ut och förståelsen kring reglernas syfte blir svårt att se och minskar därmed förutsägbarheten. Ett icke-dominerande företag borde i princip vara fritt att vidta vilka ensidiga åtgärder det vill och genomföra dessa även om de kan ha vissa konkurrensbegränsande effekter. Detta just eftersom det inte är marknadsdominerande och det därför finns möjlighet för konsumenter och andra företag som står i avtalsförhållande med företaget att vända sig till andra aktörer på marknaden. Att ensidiga åtgärder, som har konkurrensbegränsande effekter, är förbjudna för marknadsdominerande företag beror på samma logik, att konsumenter i det fallet inte har möjlighet att vända sig till en annan aktör på marknaden.⁸⁹

⁸⁶ Principen kommer till uttryck i FEU art 5 (2)

⁸⁷ *Bayer mot kommissionen* T- 41/96 p 180

⁸⁸ Se främst fall under 3.1

⁸⁹ Lidgard, *Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?*, ECLR, 1997, 18(6), 352-360

3.3.3 Strängare regler för mindre företag?

I beaktande bör även tas den situation i vilken mindre och mellanstora företag befinner sig. Möjligheterna för en sådan producent att få ut sina produkter på marknaden är helt andra än för företag som är så stora att de har möjlighet att anordna distributionen av produkter ut till konsument inom det egna företaget. Så länge åtgärder befinner sig inom det egna företaget kan det inte utgöra avtal eller samordnade förfaranden inom ramen för art 101⁹⁰ och ensidiga åtgärder kan därför inte utgöra en överträdelse av art 101. Från ett företagarperspektiv är det naturligtvis lättare att organisera ett konkurrenskraftigt distributionssystem inom det egna företaget, där offentligheten hålls borta, än att organisera en konkurrenskraftig distributionskedja med avtal mellan olika företag i flera led. Avtal som dessutom kan komma att granskas av konkurrensmyndigheter. Det kan därför ses som en diskriminerande effekt att mindre företag blir träffade av konkurrensförbudet för att distributionen sker mellan företag, medan större företag, med en organisation helt integrerad inom det egna företaget, men i stort organiserat på samma sätt, inte gör det.⁹¹

Paradoxalt nog kan man därför dra argumentet än längre och ställa sig frågan om inte risken att träffas av konkurrensförbud utgör en hämmande effekt på marknaden då producenter utan distributionskedja inom de egna leden konkurrerar på helt andra villkor än de med distributionskedjan i den egna ekonomiska enheten.

3.3.4 Gemensam åtgärd, ensidig sanktion

Kommissionen har som ovan beskrivits gått enligt linjen att de vidtagna åtgärderna är konkurrensbegränsande avtal enligt art 101. Det har ifrågasatts om det verkligen rör sig om ett avtal men som beskrivit ovan har domstolen i flertalet fall konstaterat att ensidiga åtgärder inom en långvarig affärsrelation på förhand får anses tyst accepterade av kontraktspartnern. Om denna argumentationslinje vore konsekvent följer även att båda parterna skulle bli föremål för de konsekvenser som följer av en överträdelse av art 101. Detta har dock inte varit fallet. I *Sandoz*-målet uttrycker kommissionen i sitt beslut att boten endast drabbar Sandoz och inte dess distributörer eftersom Sandoz självt måste hållas ansvarigt för överträdelsen av art 85.⁹² Redan här är det motsägelsefullt, för art 85, idag 101, förutsätter mer än en part. Kommissionen fortsätter sitt resonemang med att exportförbudet på fakturan under alla omständigheter inte kan ses som en ensidig handling, även om fakturorna och klausulen om exportförbud har utarbetats av Sandoz och endast tillgodoser Sandoz intressen. Sandoz är ansvarig för dess tillkomst och tillämpning och alla åtgärder som vidtagits för att säkra dess tillämpning på marknaden. Därför kan inte Sandoz kunder anses vara ansvariga för överträdelsen. Med andra ord, drabbas inte av någon bot.

⁹⁰ Se avsnitt 2.2.1.2

⁹¹ Lidgard, *Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?*, ECLR, 1997, 18(6), 352-360

⁹² Kommissionens beslut 87/409/EEC av den 13 juli 1987 p 33 i beslutet

Kommissionen kan själv välja om den vill att en överträdelse av ett konkurrensförbud ska resultera i några sanktioner.⁹³ Det som enligt förordningen 1/2003 art 23(2) a krävs för att få böter är att företaget uppsåtligt eller genom oaktsamhet överträtt förbudet i art 101 eller 102. Slutsatsen av det faktumet är att distributörer måste befinna sig på en lägre "medvetandenivå" än oaktsamhet för att gå säkra från böter, något som de verkar ha gjort om man vill dra paralleller från rättspraxis innan förordningens ikraftträdande och idag med förordningen som klagörande rättsakt. Ett företag kan således ingå ett avtal med en lägre medvetenhetsgrad än oaktsamhet. Något som klingar falskt med grundförutsättningen för ett avtal: den gemensamma partsviljan.⁹⁴

3.4 Vad vill kommissionen åstadkomma?

För att närmre kunna förstå kommissionens drivande av dessa mål krävs en analys av vad den kan önska åstadkomma, vilka marknadseffekter vill kommissionen uppnå med målen som tagits upp under avsnitt 3.1 och 3.2 och vilka vill de utesluta? Som nämnts i avsnitt 2.2 om målen för den europeiska konkurrensrätten, så finns det främst två mål, ett ekonomiskt mål och ett integrationsmål. I de ovan anförda målen som behandlar ensidiga åtgärder vidtagna av företag i icke-dominerande ställning ter sig integrationsmålet som den främst drivande syftet bakom kommissionens argumentation. Mot den bakgrunden ter sig kommissionens handlande mer förståeligt. Det har till och med hävdats att definitionen av vad som är ett avtal inom konkurrensrätten kan bero på målet med konkurrensrätten.⁹⁵ Nedan följer en redogörelse för vad som kan vara kommissionens syften med att driva målen.

3.4.1 Främja inre marknaden

Etablerandet av en inre marknad med fri rörlighet för varor, tjänster och kapital är en hörnsten i det grundläggande integrationssyftet för den Europeiska unionen.⁹⁶ Många av de regler som ämnar bidra till en ökad integration vänder sig till medlemsstaterna och dess företrädare i form av exempelvis myndigheter medan konkurrensrätten vänder sig till företagen. Konkurrensrätten utgör alltså en del i pusslet av den ökade integrationen och ett viktigt verktyg för främjandet av den inre marknaden.⁹⁷ Ett tydligt exempel för kommissionens syn på syftet med reglering kring vertikala begränsningar ges i dess riktlinjer på området

"Att bedöma vertikala begränsningar är också viktigt för att uppnå det övergripande målet att skapa en integrerad inre marknad. Marknadsintegration ökar konkurrensen inom Europeiska unionen.

⁹³ Bellamy & Child, *European Law of Competition*, 6 u reviderad av Roth QC & Rose, Oxford University Press, 2008, stycke 13.124 s 1271

⁹⁴ Se exempelvis *LVM m fl mot Kommissionen* REG 1999 s II-931, p 715

⁹⁵ Wickihalder, *The distinction between an "agreement" within the meaning of article 81(1) of the EC treaty and unilateral conduct*, ECJ, 2006 2(1) s 92

⁹⁶ Bernitz, Kjellgren, *Europarättens grunder*, 3 u, Norstedts Juridik, 2007, s 18 ff

⁹⁷ Bernitz, Kjellgren, *Europarättens grunder*, 3 u, Norstedts Juridik, 2007, s 315 f

Företag bör inte tillåtas att återupprätta privata barriärer mellan medlemsstaterna där statliga barriärer har avskaffats med framgång.”⁹⁸

Parallellhandeln som varit aktuell i fallen under avsett 3.1 och 3.2 motverkar marknadssegregation på den inre marknaden och verkar på så sätt främjande i uppbyggandet av en inre marknad.⁹⁹ Just parallellimporten ökar inom-märkeskonkurrensen och bidrar på så sätt till sänkta priser. Åtgärder som hindrar parallellimport minskar därmed inom-märkeskonkurrensen.¹⁰⁰ Eftersom dessa åtgärder är vidtagna av privata aktörer är konkurrensrätten det verktyg kommissionen har för att få bukt med de konkurrenshämmande åtgärderna. Det övergripande syftet med kommissionens agerande får därför antas vara att bevara och fortsätta främja en fri konkurrens på den inre marknaden.

Hur kommissionen vill främja denna har också varit föremål för en del diskussion. Främst i ledet för främjandet av den inre marknaden har två mer specifika mål kunnat skönjas. Det ena är om det kan vara så att kommissionen önskar få till stånd en harmonisering av prissättningen på läkemedel på den Europeiska marknaden, det andra om kommissionen kan vilja genomföra ett per-se förbud mot åtgärder som hindrar parallellhandel. Nedan följer en tydligare framställning av de båda teserna.

3.4.1.1 Harmonisering av läkemedelsmarknaden i EU

Det har diskuterats om kommissionens vida tillämpning av artikel 101 kan bero på en önskan att harmonisera marknaden för läkemedel i EU.¹⁰¹ Kommissionens tillämpning av art 101 har visat en önskan att förbjuda restriktioner som förhindrar parallellhandel av läkemedel. Priset på läkemedel sätts i sin tur dock inte av företagen i första hand utan av medlemsstaterna själva. Detta gör att läkemedelsföretagen i förlängningen vore tvingade till att ha de priser som den medlemsstaten med lägst priser har. Detta kan också anses medföra att möjligheten till fri priskonkurrens inom EU hindras av art 101.¹⁰² I *Bayer mot kommissionen* har även Bayer hävdad just att kommissionens verkliga avsikt med målet är att harmonisera priserna på läkemedel på den gemensamma marknaden genom att tillämpa art 101 på det sätt som gjorts.¹⁰³

Frågan är då om förevarande sätt är det bästa möjliga att genomföra en harmonisering på. Om medlemsstaterna ville genomföra en harmoniserad prisnivå på läkemedel finns ju möjligheten till

⁹⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar utgivna 19 maj 2010 p 7

⁹⁹ Wickihaller, *The distinction between an “agreement” within the meaning of article 81(1) of the EC treaty and unilateral conduct*, ECJ, 2006, 2(1) s 88

¹⁰⁰ McCabe Jedlickova, *Boundaries between unilateral and multilateral conducts in vertical restraints*, ECLR, 29(10), 600-607

¹⁰¹ Brown, *Bayer v. Commission: the ECJ agrees*, ECLR, 2004, 25(7), 386-389

¹⁰² Jakobsen, Broberg, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, ECLR, 2002, 23(3), 127-141

¹⁰³ *Bayer mot kommissionen*, förenade målen i EUD C-2/01 och C-3/01 p 69

lagstiftning på området.¹⁰⁴ Därför bör man ifrågasätta om detta inte utgör ett alltför politiskt område för kommissionen och något som egentligen inte ligger i kommissionens uppdrag.

3.4.1.2 Per-se förbud för restriktioner av parallellhandel

Kommissionen har även gjort uttalanden som visar på att den är för ett generellt förbud mot åtgärder som hindrar parallellimport. Kommissionen uttalade i målet *Bayer*¹⁰⁵ *Om statliga åtgärder som hindrar parallellexport är förbjudna borde åtgärder som vidtas av företag i samma syfte, såsom är fallet här, också vara förbjudna. Själva förhållandet att parallellimport av läkemedel förhindras strider följaktligen, enligt kommissionen, mot artikel 85 i fördraget, vilket särskilt framgår av domen i målet Sandoz*

Företaget Bayer hävdar i samma mål att kommissionens verkliga syfte är att utvidga artikel 101 och göra så att "hinder för parallellimport", som egentligen omfattas av principen om fri rörlighet för varor och artikel 28 FEUF, i praktiken medför en överträdelse av artikel 101.¹⁰⁶ Det har diskuterats om EU-rätten med den utveckling som har setts i målen kan anses innehålla ett per-se förbud mot restriktioner av parallellhandel både från dominerande och icke-dominerande företag.¹⁰⁷ Detta är inte så främmande som det kan låta om man sneglar på en annan del av EU-rätten, nämligen den del som behandlar fri rörlighet för varor. En stor skillnad är dock att den delen av EU-rätten reglerar medlemsstaternas åtgärder och inte privata aktörers.

3.5 Alternativa tillvägagångssätt

Detta avsnitt undersöker om det finns andra tillvägagångssätt för att nå det som det i avsnitt 3.4 förmodats åstadkommas. Bland alternativen återfinns dels andra vägar att gå inom ramen för det EU-rättsliga regelverket samt dels en utblick mot den tyska rätten och regleringen av liknande situationer där.

3.5.1 Utökad användning av 102

Genomgående för domarna som nämnts och analyserats ovan är att de har bedömts utifrån artikel 101. Man bör reflektera över varför kommissionen valt att driva målen genom den artikeln och inte pröva en annan väg genom en snäv avgränsning av relevant marknad och därmed möjlig tillämpning av artikel 102. I *Bayer mot kommissionen* är den relevanta marknaden avgränsad till användningsområdet för mediciner mot vissa sjukdomar, i det här fallet kranskärtsjukdomar och hypertoni¹⁰⁸. Det gör att Bayers läkemedel Adalat inte bara hamnar i konkurrens med andra så

¹⁰⁴ Se art 114 FEUF

¹⁰⁵ *Kommissionen mot Bayer* T 41/96

¹⁰⁶ *Bayer mot kommissionen*, förenade målen i EUD C-2/01 och C-3/01 p 69

¹⁰⁷ Lidgard, *Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?*, ECLR, 1997, 18(6), 352-360

¹⁰⁸ Högt blodtryck.

kallade kalcium antagonister utan även ACE-hämmare¹⁰⁹, beta blockerare¹¹⁰ samt diuretika^{111, 112}. Det var alltså det terapeutiska användningsområdet som definierade den relevanta marknaden.

Tanken att använda art 102 verkar även tagits under övervägande av EUD. Detta kan skönjas i dess inledande anmärkning i *Kommissionen mot Bayer*

*"Innan domstolen prövar de grunder som har åberopats skall det påpekas att kommissionen i det omtvistade beslutet noggrant avgränsade sin prövning till att avse enbart en anmärkning, nämligen huruvida det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget mellan Bayer och dess grossister, på en marknad som definierats i förhållande till den aktuella produktens, det vill säga Adalats, främsta terapeutiska indikationer. Det skall följaktligen påpekas att förevarande mål inte avser en eventuell tillämpning av andra delar av artikel 85 eller av artikel 86 i EG-fördraget eller andra möjliga definitioner av den relevanta marknaden."*¹¹³

Om den relevanta marknaden hade avgränsats till att avse endast kalcium antagonister hade det möjligen resulterat i en dominerande ställning för Adalat och därmed öppnat upp för möjligheten att tillämpa art 102. Om kommissionens avgränsning till att gälla endast en prövning av art 101 beror på tidigare framgångar¹¹⁴ eller en önskan om att än mer befästa den trend i rättsutvecklingen som tidigare varit är svårt att säga. Frågan är dock intressant att belysa.

En naturlig följdfråga till förda resonemang är frågan om det i domstolens praxis finns exempel på en snäv avgränsning av en relevant marknad som resulterat i en dominerande ställning och möjlig tillämpning av 102. Ett exempel på ett sådant fall är *Hugin Kassaregister AB mot kommissionen*¹¹⁵. Målet rörde dels vägran av Hugin Kassaregister AB att leverera reservdelar till sina kassaapparater, dels att Hugin Kassaregister AB förbjöd sina distributörer att sälja reservdelar utanför sitt distributionsnätverk. Domstolen kom fram till att reservdelar av märket Hugin utgjorde en egen relevant marknad. Genom detta konstaterande kunde domstolen sedan gå vidare och bedöma företagets eventuella dominans och missbruk på marknaden.¹¹⁶

¹⁰⁹ Medicin mot hjärtsvikt och högt blodtryck, sök på Stockholms läns landstings hemsida www.1177.se

¹¹⁰ Medicin huvudsakligen mot högt blodtryck, hjärtrytmrubbningar, sök på Stockholms läns landstings hemsida www.1177.se

¹¹¹ Vätskedrivande medicin mot högt blodtryck, för mer info sök på Stockholms läns landstings hemsida www.1177.se

¹¹² Lidgard, *Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?*, ECLR, 1997, 18(6), 352-360 not 7

¹¹³ *Kommissionen mot Bayer* EUD C-2/01 och C-3/01 p 42

¹¹⁴ Som man kan se i exempelvis *AEG, Ford, GlaxoSmithKline*

¹¹⁵ Mål 22/78 *Hugin Kassaregister AB mot kommissionen* domstolens dom

¹¹⁶ Mål 22/78 *Hugin Kassaregister AB mot kommissionen* se framförallt p 5, 8 domstolens dom

Att en snäv avgränsning av den relevanta marknaden kan göras beträffande exempelvis läkemedel framstår inte som omöjligt. Detta med tanke på den komplexitet som finns i bedömningen av lämpligt läkemedel. Vid bedömningen av lämpligt läkemedel för en patient beaktas flera komponenter. Först och främst själva sjukdomen, sedan vilka biverkningar som läkemedlet kan ge. Vidare ses även till begränsningar hos den specifika individen exempelvis om patienten har nedsatt njur- eller leverfunktion vilket kan leda till en dålig nedbrytning av läkemedlet. Därutöver ses även till eventuella interaktioner med andra läkemedel patienten står på.¹¹⁷ Vid val av läkemedel handlar det således inte endast om att se till åkomman som det tänkta läkemedlet ska hämma utan till hela den sjukdomsbild patienten har. Därför är det svårt att se ett blodtryckssänkande läkemedel som helt utbytbar mot ett annat blodtryckssänkande preparat mot bakgrund av ovan anförda komplexitet vid bedömning av passande läkemedel.

En jämförelse kan göras med kommissionens avgörande i *Procter & Gamble/Schickendanz*¹¹⁸ där frågan uppkom huruvida tamponger och dambindor var utbytbara produkter på en gemensam relevant marknad. Båda produkterna användes för samma ändamål men kommissionen ville veta om lanseringen av en ny dambinda kunde påverka försäljningen av tamponger. Kommissionens undersökning av effekten på marknaden för tamponger visade att en liten påverkan på priset för tamponger inte skulle göra att fler valde att köpa bindor istället. Tamponger och dambindor utgjorde enligt kommissionen därför inte del av samma relevanta marknad. Jag menar att paralleller från detta fall kan i viss mån göras med läkemedel. Speciellt i tillvägagångssättet med att se till det terapeutiska användningsområdet för produkten som avgörande faktor vid avgränsningen av marknaden. Detta beslut talar därför emot att avgränsa den relevanta marknaden endast utifrån terapeutiskt användningsområde.

Slutsatsen utav ovan förda resonemang är att en utökad användning av art 102 vore möjlig inom läkemedelssektorn. Det betyder dock inte att art 102 vore lika passande att använda i exempelvis bilbranschen. Ett av kriterierna för att kunna avgränsa den relevanta marknaden är som ovan nämnt att produkten som marknaden avser skiljer sig så mycket från produkter på andra marknader att de inte är utbytbara. Detta kriterium kan avseende komplexa produkter såsom läkemedel ofta argumenteras för. Svårare blir det med mer generiska produkter som konsumenten är villig att byta ut, exempelvis bilar. Att art 102 därför inte används mer av kommissionen kan tänkas bero på att kommissionen önskat att i flera branscher, såsom bilbranschen och läkemedelsbranschen, få till stånd en praxis grundad på liknande argument. Eftersom användningen av art 102 vore svår

¹¹⁷ Redaktör Ramström, Helena, *Läkemedelsboken* förf till särskilt avsnitt Nyström, Fredrik, Engfeldt, Peter *Hypertoni*, Läkemedelsverket, 18 u, 2011-2012

¹¹⁸ *Procter & Gamble/Schickendanz*, EUT 1994 L354/32 p 62-71

avseende bilbranschen, har man där tillämpat art 101 på sätt som presenterats under avsnitt 3.1. Kommissionen kan sedan ha valt att konsekvent följa samma argumentationslinje även i andra branschen trots att en argumentation utifrån art 102 varit mer lämplig.

3.5.2 Harmonisering av prissättning för läkemedel

I många fall som rör ensidiga åtgärder vidtagna av icke-dominerande företag har föremålet för åtgärderna rört läkemedel, se ex *Bayer*, *Sandoz*. Att ett intresse för parallellhandel har uppstått hos distributörerna beror på de olika prisnivåer som läkemedlen har i de olika medlemsländerna. Dessa olika prisnivåer gör att det lätt uppstår marknader inom gränserna för de olika medlemsstaterna, något som inte står i samklang med uppnåendet av en inre marknad för hela EU. Kommissionen har uppmärksammat detta fenomen och försökt motverka det genom att driva fall där den påstått att policys eller åtgärder vidtagna av företag och som motverkar parallellimport strider mot EU:s konkurrensrätt. Frågan är då om en reglering av symptomen, som utgörs av kvotsystem och exportförbud hos de enskilda företagen, är det bästa sättet att åstadkomma en förbättring av den inre marknaden. Det vore möjligtvis mer effektivt och även mer förenligt med legalitetsprincipen om anledningen till uppdelningen av marknader åtgärdades genom en gemensam prispolitik i hela Europa. En sådan prispolitik vore möjligt att uppnå genom en lagharmonisering.

Att genomföra en harmonisering kan dock var komplicerad. Kommissionen har i en av sina kommunikationer¹¹⁹ lyft frågan om en möjlig prisharmonisering av den europeiska läkemedelsindustrin. Man betonar i den här kommunikationen först och främst svårigheten att dra gränsen för vad som får anses stoppas av en harmonisering med beaktande av subsidiaritetsprincipen. Bortsett från den problematiken och förutsatt att subsidiaritetsprincipen inte skulle stå i vägen menar man att låga priser skulle bespara utgifter kopplade till den direkta sjukvården men å andra sidan framkalla en stadig minskning av Europas bidrag till den globala marknaden för forskning och utveckling inom läkemedelsindustrin. På samma sätt skulle höga priser minska åtkomsten av läkemedel för patienter i länder som inte har råd med läkemedel på en allt för hög prisnivå.

3.5.3 Reglering av ensidiga åtgärder från icke-dominerande företag

Ovan har diskuterats hur man genom en annan tillämpning av den redan befintliga EU-rätten skulle kunna nå samma resultat som kommissionen verkar eftersträva genom att använda art 101 i de fall som presenterats. Under den här rubriken finns en utblick på det tyska rättssystemet som

¹¹⁹ Communication from the Commission on the Single Market in Pharmaceuticals (COM) 1998, 588 s 10 f

presenterats ovan.¹²⁰ Två fall presenteras där den ovan beskrivna tyska regeln tillämpas för att se vilka eventuella fördelar men även svårigheter en sådan regel har.

3.5.3.1 Domar inom tysk rätt

För att kunna tillämpa den tyska regeln som reglerar ensidiga åtgärder från företag utan dominerande ställning på den relevanta marknaden krävs att flera förhållanden är uppfyllda. Som nämnt ovan är bland dessa kriterier först och främst att företaget som har vidtagit åtgärden har relativ marknadsmakt. Relativ marknadsmakt har ett företag gentemot sin eller sina avtalspartner när företagen i beroende ställning inte har någon rimlig möjlighet att vända sig till andra säljare eller köpare på marknaden. Avtalspartnern hamnar alltså i en beroendeställning.

Citroën

En typisk bransch där beroende lätt uppstår har visat sig vara bland bilåterförsäljare. Det belyses i ett mål från 1995 rörande återförsäljare av bilmärket Citroën.¹²¹ Handlaren hade varit återförsäljare av märket i 30 år. Tvisten rörde uppsägandet av det leveransavtal som parterna hade emellan sig för återförsäljningen av bilarna. När en handlare endast är återförsäljare till ett bilmärke medför det enligt domen typiskt sett stora konkurrensförluster att växla till att vara återförsäljare av ett annat märke och rimliga förutsättningar finns därför inte att byta leverantör. Därför var denna Citroën-återförsäljare en typisk normadressat för GWB 20 § 2 st¹²². Upprinnelsen till tvisten kom sig av att leverantören var osäker på återförsäljarens vilja att fortsätta avtalet och begärde en bindande avsiktsförklaring av handlaren angående om denne tänkte fortsätta sin verksamhet eller ej. Efter att inte ha fått svar på denna anmodan sa leverantören upp avtalet utan beaktande av förevarande uppsägningsfrist som enligt avtalet skulle vara ett år. Domstolen klargjorde att även om detta förfarande stred mot avtalet och därmed civilrättslig reglering utgör det på samma gång en överträdelse av konkurrensförbudet i GWB § 20 st 2 enligt vilken en leveransplikt kan utfärdas. I förevarande fall slutade det inte så beroende på återförsäljaren, men målet tydliggör ändå regelns funktion.

Designer-Polstermöbeln

Att bevisa detta beroende kan dock vara svårt, vilket framgår i domen *BGH-Designer-Polstermöbeln*¹²³. Domen rör frågan om en tillverkare av designade möbler är skyldig att fortsätta leverera till en handlare som tillverkaren har levererat till i 26 år. Avtalsrelationen har skett utanför

¹²⁰ Se avsnitt 2.3

¹²¹ Dom från BGH 20/2 1995 återfinnes i NJW -RR

¹²² I dåvarande GWB § 26 II

¹²³ *Darlegung sortimentsbezogener Belieferungsabhängigkeit –Designer –Polstermöbeln-* BGH, dom från 9/5-00

ett selektivt återförsäljarsystem. Handlaren menar i första hand att han är beroende av tillverkaren för leveranser av möbler generellt och i andra hand att han är beroende av tillverkaren genom så kallat toppskiktsberoende, 2.3.3. Alltså att handlarens sortiment inte är konkurrensmässigt utan de möbler som tillverkaren framställer. Domstolen framför dock att i de fall då en vara framstår som självklar för en butik att ha i sitt sortiment för att en avsaknad av en sådan vara leder till minskat anseende och minskad konkurrenskraft, och då denna vara säljs utanför ett selektivt återförsäljarsystem, så kan en sådan självklarhet endast uppstå om näst intill alla liknande butiker har varan i sitt sortiment. Domstolen kom fram till att distributionsnivå till andra, jämförbara, handlare på 80 % inte räckte för att visa på ett sådant beroende som regeln kräver för att kunna tillämpas.

De två fallen som tas upp illustrerar hur företag som inte innehar en dominerande ställning ändå kan anses ha en sådan marknadsmakt som gör andra företag beroende av dem. Men fallen visar även svårigheter med tillämpandet av den tyska regeln. Utrönandet av regelns tillämplighet kan delas upp i två steg, I) befinner sig andra företag i en beroendeställning? II) utgör förevarande åtgärd/er en diskriminering? Svårast verkar vara att bevisa om ett beroende verkligen föreligger. Vid en hypotetisk jämförelse med den europeiska rätten är det dock inte omöjligt att tänka sig att det för exempelvis ett apotek för att vara konkurrenskraftigt krävs att ett fullödigt läkemedelsutbud erbjuds. Vad gäller bilindustrin finns som visat ovan redan exempel på beroende på den tyska marknaden och vore därmed inte avlägset att tillämpa även på den europeiska marknaden. Dessa två hypotetiska jämförelser kan därför väcka frågan om inte behov finns för en liknande regel i EU-rätten.

4 Avslutande del

I den avslutande delen finns sammanfattningar och slutsatser av vad som framkommit under den särskilda delen.

Sammanfattning gällande rätt i EU

Under det här avsnittet följer en sammanfattning av hur ensidiga åtgärder vidtagna av företag i icke-dominerande ställning bedömts i EUD. Eftersom praxis från EUD varit tvetydig är det vanskligt att dra några definitiva slutsatser om vad som bedöms som en ensidig åtgärd som faller utanför artikel 101 och vad som faller innanför. Den viktigaste och mest avgörande faktorn är om kommissionen lyckas visa på att det rör sig om en gemensam partsvilja.¹²⁴ Detta kan styrkas på flera olika sätt. De främsta sätten att styrka en sådan gemensam partsvilja på är att

- I) åtgärden har vidtagits inom ramen för ett redan befintligt, generellt, avtal som reglerar leverantörens och distributörernas förhållande inom ramen för ett distributionssystem
- II) leverantören har genom meddelande eller genom hot om sanktion fått distributören att genomföra en viss åtgärd, oftast att inte parallelexportera
- III) distributörerna också har något att vinna på leverantörens handlande varför leverantörens till synes ensidigt vidtagna åtgärd kan ge uttryck för den gemensamma partsviljan

Dessa tre punkter är långt ifrån de enda men är ändå återkommande teman i alla domar på området. Problematiskt är att eftersom även om dessa punkter är återkommande i målen så har de tillmätts olika vikt, mer om det nedan. Det är därför svårt att klart avgöra vad som får anses utgöra avtalskriterier för att falla inom ramen för artikel 101.

Jämförelse med den tyska regelmodellen

Det tyska systemet har reglerat ensidigt vidtagna åtgärder inte bara med avseende på företag med marknadsdominans. Det tyska systemet använder sig även av ett kriterium som riktar sig till företag som har en relativ marknadsmakt. Relativ marknadsmakt kan företag ha även om de inte har en klassiskt definierad marknadsdominans som kräver mycket stora marknadsandelar.

Det som måste reflekteras över är om en sådan regelmodell är något som ens eftersträvas med hänsyn till de mål som den europeiska konkurrensrätten har, integrationsmålet och det ekonomiska målet om en väl fungerande marknad.¹²⁵ Svaret på den frågan får med hänsyn till de domar som varit på området besvaras jakande. Kommissionen har fått kritik för den extensiva tillämpningen av artikel 101 som de drivit och även domstolen har fått kritik för utgången i flera av målen. Rättsläget är idag

¹²⁴ Se exempelvis *LVM m fl mot Kommissionen*, p 715

¹²⁵ Se avsnitt 2.2

oklart och någon tydlig linje för vad som är en förbjuden åtgärd vidtagen ensidigt av ett företag i icke-dominerande ställning har inte kunnat dras med bakgrund i målen. Intentionerna från kommissionens sida är dock entydiga, att ensidigt vidtagna åtgärder från företag i icke-dominerande ställning i många fall har en konkurrenshämmande och integrationsskadlig inverkan på marknaden, frågan är vad intentionen med de befintliga reglerna är från lagstiftarens sida. Att intentionerna vore så som kommissionen uppfattat dem verkar dock inte troligt eftersom praxis då inte varit tvetydig på det sätt som varit.

Skönjas kan alltså en situation som ofta hamnar mellan stolarna, alltså i gränslandet mellan artikel 101 och 102. Frågan som måste ställas är då om detta gränsland kan fångas upp av en regelmodell mer liknande den tyska.

Det tyska systemet har även det sina brister. Det har visat sig svårt att bevisa att en relativ marknadsmakt föreligger och därmed svårt att tillämpa den givna regeln. I fall där ett beroende har ansetts föreligga rör det sig om avtalsrelationer som varat i 20-30 år¹²⁶. Trots att den tyska regelmodellen kanske inte är det som EU-rätten söker åstadkomma genom sin praxis är systemet dock intressant att reflektera över. En reglering liknande den tyska skulle kunna leda till större rättssäkerhet och förutsägbarhet än den som råder i dagsläget.

De lege ferenda/alternativa vägar

Som nämnts i anslutning till presentationen av alternativa tillvägagångssätt för att nå samma mål finns det självklart svårigheter förknippade även med dessa alternativ. Det som ändå bör övervägas är om inte något av dessa alternativa sätt att hantera berörda situationer skulle utgöra ett mer förutsägbart alternativ än det som står till buds inom EU-rätten i dagsläget. Problemet som finns idag är i stor utsträckning att företag inte vet vad de har att rätta sig efter. Som nämns i en av de flitigt hänvisade artiklarna så gör denna osäkerhet att företag idag kanske inte bara rättar sig efter de regler som finns utan även har en säkerhetsmarginal, vilket innebär att artikel 101 får ett än större tillämpningsområde.¹²⁷

Ett sätt att åstadkomma större förutsägbarhet är att lagstifta på området. Att genom lag reglera det som idag endast kan skönjas som mål för den europeiska konkurrensrätten skulle göra det enklare för alla inblandade parter att överblicka rättsområdet och legalitetsprincipen skulle genomsyra rättsområdet starkare än i dagsläget.

¹²⁶ Se under avsnitt 3.5.3.1

¹²⁷ Jakobsen, Broberg, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, ECLR, 2002, 23(3), 127-141

En sådan lagstiftning kan delas upp i två olika kategorier. Antingen väljer man att reglera de symptom som man sett att den behandlade "luckan" i den nuvarande EU-lagstiftningen gett upphov till. Exempel på en sådan reglering vore ett per-se förbud mot åtgärder som hindrar parallellhandel. Detta ligger väl i linje med målen för Europeiska unionens integrationssyfte och skulle kanske i sig påverka sektorer så som läkemedelssektorn och medföra att medlemsstaterna påverkades att harmonisera läkemedelspriser.

Än tydligare och mer genomgripande vore det att reglera förekomsten som sådan, alltså att konkurrensrätten förbjuder sådana åtgärder som är ensidigt vidtagna av företag i icke-dominerande ställning och konkurrenshämmande. En regelmodell liknande den tyska kan då tjäna som föredöme. Detta skulle kunna åstadkomma ett mer förutsägbart scenario för företag med distributionskedjor liknande de som beskrivits under avsnitt 3.1. En sådan reglering kan även komma att tydligare spegla de mål som den europeiska konkurrensrätten verkar vilja åstadkomma, en väl fungerande marknad och ökad integration mellan de medlemsländernas respektive marknader.

Att reglera genom en lagförändring är dock en tungrodd och långsam företeelse inom EU-rätten. Det är därför, inom en överblickbar framtid, svårt att se det som det bästa sättet att komma tillrätta med de i uppsatsen behandlande oklarheterna avseende gällande rätt. Kanske är det därför mer realistiskt att istället för lagstiftning hoppas på att framöver se en tydligare och mer konsekvent linje från både kommissionen och domstolarna vilket kan bidra till att skapa ett mer förutsägbart rättsläge.

5 Källförteckning

5.1 Litteratur

Bellamy and Child, redigerad av Peter Roth, Vivien Rose, *European Community Law of Competition*, 6 u, Oxford University Press, Oxford, 2008

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 3 u, Norstedts Juridik, 2007

Bishop, Simon och Walker, Mike *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3 u, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters (Legal), London, 2010

Emmerich, Volker, *Kartellrecht – ein Studienbuch*, 11 u, C.H. Beck, München, 2008

Hoffman Dietrich och Schaub, Stefan *The German Competition Law – legislation and Commentary*, 1 u, Kluwer Law and Taxation Publishers, Denventer, Nederländerna, 1983

Heide-Jorgensen, Caroline, Jakobsen, Peter Stig, Kalmose-Hjelmborg, Simon Evers, Langseth, Jan Magne, Neergaard, Ulla, Poulsen, Sune Troels, Ryhl, Charlotte Friis Bach & Schovsbo, Jens *Konkurrenceretten i EU*, 3 u, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2009

Loewenheim, Ulrich, Meessen, Karl M, Riesenkampff, Alexander *Kartellrecht –Kommentar*, 2 u, C.H Beck, München, 2009

Ramström, Helena, (redaktör), *Läkemedelsboken*, förf till särskilt avsnitt Nyström, Fredrik, Engfeldt, Peter *Hypertoni*, Läkemedelsverket, 18 u, 2011-2012

Whish, Richard, *Competition Law*, 5 u, LexisNexis, London, 2003

Wetter, Karl, Karlsson, Johan & Östman, Marie *Konkurrenträtt: en kommentar*, 4 u, Thomson Reuters Förlag, Stockholm, 2009

5.1.1 Artiklar

Brown, Christopher, *Bayer v. Commission: the ECJ agrees*, ECLR, 2004, 25(7), 386-389

Jakobsen, Peter, Stig, Broberg, Morten, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, ECLR, 2002, 23(3), 127-141

Lidgard, Hans Henrik, *Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?*, ECLR, 1997, 18(6), 352-360

McCabe Jedlickova, Barbora, *Boundaries between unilateral and multilateral conducts in vertical restraints*, ECLR, 29(10), 600-607

Wickihaller, Urs, *The distinction between an "agreement" within the meaning of article 81(1) of the EC treaty and unilateral conduct*, ECJ, 2006 2(1) s 88

5.1.2 Elektroniskt material

Stockholms läns landstings hemsida för råd om vård www.1177.se/stockholm lydelse 29 juni 2011

5.2 EU rättsliga källor

Fördraget om europeiska unionen

Fördraget om europeiska unionens funktionssätt

5.2.1 Förordningar

Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer

5.2.2 Kommissionen

Communication from the Commission on the Single Market in Pharmaceuticals (COM) 1998, 588 s 10-11

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EUT nr C 372, 09/12/1997

Kommissionens *Riktlinjer om vertikala begränsningar* utfärdat den 19 maj 2010

Kommissionens avgörande, *Procter & Gamble/Schickendanz*, EUT 1994 L354/32

5.3 Tysk författning

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, i dess senaste version från 15 juli 2005

5.4 Rättsfall

5.4.1 EUD

Mål 27/76, *United Brands mot kommissionen*, domstolens dom 14 februari 1978

Mål 85/76, *Hoffman-La Roch mot kommissionen*, domstolens dom 13 februari 1979

Mål 22/78, *Hugin Kassaregister AB mot kommissionen*, domstolens dom 31 maj 1979

Förenade målen 32, 36-82/78, *BMW Belgium SA m.fl. mot kommissionen*, domstolens dom 12 juli 1979

Mål 107/82, *AEG mot kommissionen*, domstolens dom av 25 oktober 1983

Mål 25-26/84, *Ford mot kommissionen*, domstolens dom 17 september 1985

Mål C-62/86, *Akzo mot kommissionen*, domstolens dom 3 juli 1991

Mål C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA mot kommissionen*, endast en sammanfattning av domen har publicerats, domstolens dom 11 januari 1990

Mål C-289/87, *Tipp-ex mot kommissionen*, domstolens dom 8 februari 1990

Mål C-49/92, *Kommissionen mot Anic Partecipazioni SpA*, domstolens dom 8 juli 1999

Mål C-338/00, *Volkswagen mot kommissionen*, domstolens dom 18 september 2003

Mål C-551/03 *General Motors mot kommissionen*, domstolens dom 6 april 2006

Förenade målen C-2/01 och C-3/01, *Kommissionen mot Bayer*, domstolens dom 6 januari 2004

Mål C-74/04, *Kommissionen mot Volkswagen*, domstolens dom den 13 juni 2006

Mål C-468-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE m.fl*, domstolens dom 16 september 2008

5.4.2 Tribunalen

Förenade målen T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94, *LVM m fl mot kommissionen*, tribunalens dom 20 april 1999

Mål T-41/96, *Bayer mot kommissionen*, tribunalens dom 6 juli 2000

Mål T-368/00, *General Motors Nederland och Opel Nederland mot kommissionen*, tribunalens dom 21 oktober 2003

Mål T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot kommissionen*, tribunalens dom 27 september 2006

Mål T-208/01, *Volkswagen mot kommissione*, tribunalens dom 3 december 2003

5.4.3 Bundesgerichtshof

Liefersperrre als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot –Rossignol, dom från BGH, 20 november 1975, återfinnes i NJW -RR 1976, 801

Darlegung sortimentsbezogener Belieferungsabhängigkeit –Designer –Polstermöbeln, dom från BGH, 9 maj 00, återfinnes i NJW-RR 1286

Ordentliche Kündigung von Kfz-Vertragshändlerverträgen, dom från BGH 20 februari 1995 återfinnes i NJW –RR 1995, 1260